

Membre de l'université Paris Lumières

Alexandre Victoroff

Le contrôle de proportionnalité

Analyse de l'émergence d'un contrôle concret de la hiérarchie des normes par le juge judiciaire

Thèse présentée et soutenue publiquement le 10 janvier 2024

en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles
de l'Université Paris Nanterre

sous la direction de Mme la Professeure Soraya Amrani-Mekki (Université Paris Nanterre)

Jury :

Membre du jury :	Mme Soraya Amrani-Mekki	Professeur, École de droit de Sciences Po Paris
Membre du jury :	M. Olivier Deshayes	Professeur, Université Paris-Nanterre
Rapporteur :	Mme Pascale Deumier	Professeur, Université Jean Moulin Lyon III
Membre du jury :	M. Hugues Fulchiron	Professeur, Université Jean Moulin Lyon III Conseiller en service extraordinaire à la 1 ^{re} Chambre civile de la Cour de cassation
Rapporteur :	Mme Judith Rochfeld	Professeur, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

L'Université ne donne aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions sont propres à l'auteur.

Remerciements

Toute ma gratitude va à la Professeure Soraya Amrani-Mekki. Son attention, sa disponibilité, et ses relectures bienveillantes car précises et exigeantes m'ont permis de construire ce travail de recherche en toute liberté mais avec un soutien infailible.

Je suis honoré que cette thèse puisse être lue et jugée par les Professeurs Olivier Deshayes, Pascale Deumier, Hugues Fulchiron et Judith Rochfeld. Leurs œuvres m'ont inspiré et guidé depuis le début, c'est donc avec un humble respect que je me soumetts à leur appréciation.

Dans un travail de recherche, il est précieux de bénéficier du point de vue des acteurs de la justice. Je remercie de leur disponibilité et de leur dialogue les Présidentes Agnès Martinel et Sandrine Zientara, ainsi que le Président Vincent Vigneau qui m'a fait bénéficier, alors qu'il était conseiller à la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation, de ses lumières. Merci également à la Conseillère Frédérique Agostini, alors Présidente de chambre à la Cour d'appel de Paris, de m'avoir fait part de son sentiment et de ses constatations sur les aspects pratiques de mon sujet devant les juridictions du fond, ainsi qu'à Maître Muriel Cadiou.

Il est pareillement nécessaire de pouvoir confronter son point de vue avec celui d'éminents chercheurs. Cette occasion m'a notamment été donnée lors de l'école d'été 2021 de l'Université de Strasbourg organisée sur le thème du Principe de proportionnalité par la Directrice de recherche Vincente Fortier. Parmi les innombrables rencontres, je remercie particulièrement les Professeurs Vincent Égéa et Sébastien van Drooghenbroeck pour leur discussion bienveillante.

Mes remerciements vont également à tous les enseignants-chercheurs de l'Université Paris-Nanterre qui m'ont confié des enseignements. Merci à mes étudiants, dont les questions, parfois candides, ont été le point de départ de réflexions passionnantes et fertiles.

À mes parents, pour leur soutien et leur relecture.

Résumé et mots clefs

Expression des plus polysémiques, le contrôle de proportionnalité a trouvé un sens de plus pour désigner la nouvelle modalité du contrôle de conventionnalité dont se sont saisis les juges français depuis une dizaine d'années, dans un mouvement enclenché par un arrêt de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013. Le temps passé et la réflexion rendent possible, au moyen d'une meilleure compréhension de l'outil, de tirer un bilan et d'entrevoir des perspectives sur ce contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

Il apparaît à même de remplir de nombreuses fonctions. Promouvant l'effectivité des droits fondamentaux, il aide à la conciliation entre la régulation des comportements par la loi et les droits des individus, réalisant une individualisation sans individualisme. Permettant au juge national de se saisir de la marge nationale d'appréciation, il participe à la réalisation de l'harmonie entre le droit national et l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Soumettant la loi à un contrôle poussé et factuel, il en renforce la vigueur en lui redonnant sa majesté, puisqu'elle n'est plus tenue de prévoir explicitement des cas exceptionnels.

Ces fonctions peuvent se développer sur un large terrain, car le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes ne peut pas, de manière convaincante, être limité à certains droits fondamentaux ou à certaines sources. En revanche, la nature même de l'outil fait qu'il n'a d'utilité que lorsque le texte appliqué dans la situation contrôlée présente un fort degré d'impérativité, n'étant à même de modifier l'issue du procès que lorsque le juge est présent pour appliquer un texte qui le guide précisément.

Quoique le domaine du contrôle soit large, la menace qu'il ferait peser sur la stabilité du droit est limitée. En effet, son caractère concret, faisant qu'il ne permet d'analyser que des situations uniques, vient limiter drastiquement l'aptitude de ce contrôle, prioritairement réalisé par le juge du fond, à faire jurisprudence. De plus, là où il est craint que le contrôle entraîne une insupportable imprédictibilité du processus judiciaire en donnant au juge le pouvoir de statuer en équité, il apparaît que le contrôle dévoile plus qu'il ne cause ces maux. En les dévoilant, il permet au contraire d'en prendre la mesure et de les limiter. La compréhension de la nature et des implications du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes permet de voir qu'il n'est pas hors de contrôle, mais rend possible de parvenir à des décisions équitables sans que le juge ne statue en équité, par l'application des normes de valeur supérieure au cas d'espèce lorsque la loi faillit.

Ces éléments conduisent, dans une perspective de promotion de l'effectivité des droits fondamentaux, à défendre le contrôle de proportionnalité sans crainte quant aux autres objectifs de la Justice.

Mots clefs : Office du juge – Droits fondamentaux – Hiérarchie des normes – Contrôle de conventionnalité – Proportionnalité – Contrôle concret

Summary and keywords :

Proportionality test, a highly polysemous expression, has taken on a new meaning to designate the new form of conventionality review that French judges have been using for the past ten years, in a movement set in motion by a decision of the 1st Civil Chamber of the Court of Cassation on 4th December 2013. The time that has elapsed and the thought that has gone into it make it possible, by means of a better understanding of the tool, to take stock and glimpse the prospects for this concrete control of compliance with the hierarchy of norms.

It seems capable of fulfilling many functions. By promoting the effectiveness of fundamental rights, it helps to reconcile the regulation of behaviour by law with individual rights. By allowing national courts to make use of the national margin of appreciation, it promotes harmony between national law and the influence of the European Court of Human Rights. By subjecting the law to detailed and factual scrutiny, it strengthens its force by restoring its majesty, since it is no longer required to make explicit provision for exceptional cases.

These functions can be developed over a wide area since the concrete control of compliance with the hierarchy of norms cannot convincingly be limited to certain fundamental rights or certain sources. On the other hand, the very nature of the tool means that it is useful only when the text applied in the situation under review has a high degree of imperative force, being capable of modifying the outcome of the case only when the judge is present to apply a text that guides him precisely.

Although the scope of the control is broad, the threat it poses to the stability of the law is limited. Indeed, its concrete nature, which means that it can only analyse unique situations, drastically limits the ability of this review, which is primarily carried out by the trial judge, to set precedents. Moreover, where it is feared that control will lead to an unbearable unpredictability of the judicial process by giving the judge the power to rule in equity, it appears that it reveals rather than causes these ills. On the contrary, by revealing them, it makes it possible to measure and limit them. An understanding of the nature and implications of the concrete control of compliance with the hierarchy of norms shows that it is not beyond control, but makes it possible to reach equitable decisions without the judge ruling in equity, by applying norms of higher value to the case in question when the law fails.

From the point of view of promoting the effectiveness of fundamental rights, these factors make it possible to defend proportionality review without fear as regards the other objectives of Justice.

Keywords : Office of the judge – Fundamental rights – Hierarchy of norms – Conventionality review – Proportionality – *In concreto* review

Introduction

Partie I : La notion de contrôle de proportionnalité

Titre I : Caractères du contrôle

Chapitre I : Un outil de raisonnement concret

Section I : La balance, représentation inadéquate de la proportionnalité

Section II : Le raisonnement factuel, élément distinctif du contrôle de proportionnalité

Chapitre II : Un outil de contrôle de la hiérarchie des normes

Section I : Le principe de l'appréciation concrète de la hiérarchie des normes

Section II : La pratique de l'appréciation concrète de la hiérarchie des normes

Titre II : Fonctions du contrôle

Chapitre I : L'effectivité des droits fondamentaux

Section I : La nécessaire effectivité des droits fondamentaux

Section II : La nécessité du contrôle concret pour l'effectivité des droits fondamentaux

Chapitre II : La défense de l'ordre juridique

Section I : Défense contre l'influence périphérique

Section II : Défense contre l'incohérence intérieure

Partie II : L'incidence du contrôle de proportionnalité

Titre I : Domaine du contrôle

Chapitre I : La fragilité des limites imposées

Section I : Fragilité des limites quant au corpus de normes de contrôle

Section II : Fragilité des limites quant au contenu des normes de contrôle

Chapitre II : La force des limites intrinsèques

Section I : La condition de l'impérativité de la loi

Section II : La nécessité de l'intervention du juge

Titre II : Portée du contrôle

Chapitre I : Le factualisme du contrôle

Section I : Limite à la fréquence de l'inhibition de la loi

Section II : Limite aux effets de l'inhibition de la loi

Chapitre II : L'encadrement du contrôle

Section I : Limite à l'imprédictibilité

Section II : Limite au pouvoir du juge

Conclusion générale

Bibliographie

Table des décisions de justice

Index

Table des matières

Introduction

« Il s'agit pour nous tous de concilier la justice avec la liberté. Que la vie soit libre pour chacun et juste pour tous, c'est le but que nous avons à poursuivre »¹.

1. La Cour de cassation, au fil de ses deux siècles d'existence, a rendu bon nombre de grands arrêts. Ce qualificatif désigne les décisions qui ont « *mis fin à une controverse ou inauguré une nouvelle interprétation* »². À ce titre, ces grands arrêts peuvent avoir une portée relativement aisée à envisager : les juges du fond et les plaideurs attendaient avec impatience qu'une question soit tranchée (faisant souvent suite à de longs débats des auteurs) et s'empressent d'appliquer la solution nouvellement établie ; le revirement est clair et univoque et sera suivi bon gré mal gré par les acteurs concernés.

Il est d'autres arrêts qui ne présentent pas la même univocité rassurante, ni ne viennent clore une controverse à la solution attendue, mais, au contraire, rendent l'état du droit plus flou et incertain. Ces arrêts importants sont matière à réflexion et à débat entre auteurs et praticiens, leur compréhension, ainsi que la détermination de leur portée et de l'accueil qu'il faut leur faire ne pouvant provenir de leur simple lecture. Ils font résonner des questions relatives à la Justice aussi ancienne que la Cité, tout en ayant une importance déterminante pour l'avenir de l'acte de juger.

L'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 4 décembre 2013, qui a

¹ Camus (Albert), « Justice et liberté », Journal Combat, 8 septembre 1944.

² Capitant (Henri), « Préface de la première édition (1934) », in Lequette (Yves), Terré (François) et Capitant (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I*, Dalloz, 2015, p. VII.

déclenché en France le débat¹ portant sur l'utilisation du contrôle dit de proportionnalité², appartient assurément à la seconde catégorie, justifiant qu'il soit le point de départ d'une réflexion sur l'office du juge dans le contrôle du respect de la hiérarchie des normes et ses implications.

2. Soit un mariage ayant duré onze ans, dont est née une enfant, dissout par divorce. Trois ans plus tard, l'épouse contracte une nouvelle union avec le père de son précédent mari, qui réalise par la suite une donation au profit de sa petite-fille et belle-fille. Il décède après vingt-deux ans de mariage, en laissant son fils comme héritier en ligne directe, et en ayant institué son épouse légataire universelle. Un an après le décès de son père, le premier mari assigne son ancienne épouse et belle-mère en annulation de son second mariage. *Quid juris ?*

L'article 161 du Code civil dispose qu'en « *ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* ». L'article 164 du même Code précise que le Président de la République peut, pour causes graves, lever la prohibition portée « *par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée* ». Il s'en déduit que le divorce ne met pas fin à cette prohibition. Enfin, l'article 184 indique que le mariage allant à l'encontre de la prohibition résultant de l'article 161 peut faire l'objet d'une demande d'annulation, émanant de toute personne ayant intérêt, dans un délai de trente ans à compter de la célébration.

¹ Postérieurement à l'arrêt du 4 décembre 2013, des décisions plus anciennes ont été exhumées comme décidant « *d'écarter l'application d'une loi pour éviter de porter une atteinte à un droit fondamental d'une partie, protégé par la Convention* » (Vigneau (Vincent), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 123). Il en est ainsi d'un arrêt écartant l'application d'une disposition instaurant une insaisissabilité des pensions de retraite des marins-pêcheurs au bénéfice de l'ancienne épouse de l'un d'eux, y voyant une atteinte à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ainsi qu'au 1^{er} article du 1^{er} protocole additionnel à la même convention (Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 3 mai 2007, n°05-19.439, Note Leborgne (Anne), « Droit de l'exécution », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2008, p. 167 ; Perrot (Roger), « Procédure civile d'exécution et droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2007, p. 643 et Vigneau (Vincent), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation – 2^e Chambre civile », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2007, p. 2336). De même pour un autre arrêt validant la décision du juge du fond ayant autorisé un créancier à constituer une provision en dépit de la loi protégeant les rapatriés de ce type de mesure provisoire (Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 avril 2006, n°05-11.519). Ces deux décisions rendues en matière de procédures civiles d'exécution présentent indéniablement, dans leur raisonnement, une similarité avec le contrôle de proportionnalité contemporain. Cependant, elles sont restées sans lendemain, n'ayant donné lieu à aucune évolution des outils de raisonnement du juge ni à aucun débat sur le sujet. Elles ont d'ailleurs été peu commentées, et exclusivement sous l'angle des techniques d'exécution. Seul Perrot (commentaire précité) relevait comme une incise que « *la Cour de cassation ne tire pas un trait de plume sur le texte français. Il se borne simplement à constater que, dans le cas d'espèce, son application contreviendrait à l'esprit du droit communautaire. Ce qui laisse implicitement entendre que, en d'autres circonstances, son application pourrait ne pas froisser l'ordre européen* ».

² La désignation de ce contrôle, débattue par les auteurs et, dans une certaine mesure, amendée par les juridictions, questionne. Elle sera interrogée dès le premier titre de la première partie de ce travail, conduisant *in fine* à proposer un changement de terminologie (voir spécialement *infra* n°134). Il est cependant, à ce stade, prématuré d'aller au-delà de la désignation utilisée lors de l'introduction du contrôle et qui demeure bien souvent dans la communauté des juristes, malgré les efforts de clarifications des auteurs.

En l'espèce, l'union entre le beau-père et sa bru, alliés en ligne directe, est bien incestueuse. Ceux-ci n'ont pas demandé de dispense au Président de la République avant la célébration, et n'auraient pas pu l'obtenir, la personne ayant créé l'alliance étant toujours vivante. Au moment de la demande en nullité du fils qui avait un intérêt successoral au succès de sa prétention, l'union avait été célébrée depuis vingt-trois ans.

En conclusion, le juge saisi de l'affaire annulera l'union du beau-père et de sa bru, faisant droit à la demande du premier mari.

3. Les conseillers de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence appliquent ce syllogisme, raisonnement familial à tout étudiant en droit dès la première année, qui produit, dans un cas pareil, une justification satisfaisante de l'annulation du mariage.

Cependant, la Cour de cassation devait casser cette décision. Saisie d'un pourvoi de l'épouse, elle ne répond pas à son moyen soutenant la contrariété de l'article 161 du Code civil à l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui garantit aux hommes et femmes d'âge nubile le « *droit de se marier et de fonder une famille* » dans le cadre des lois nationales.

À la place, elle relève d'office un moyen tiré de l'article 8 de la même Convention pour juger que le prononcé de la nullité du mariage par les conseillers d'appel revêtait « *à l'égard de cette dernière [l'épouse] le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* »¹. La Cour opère une cassation sans renvoi, laissant subsister l'union incestueuse jusqu'au décès l'ayant dissoute.

Cette justification laconique est porteuse d'une véritable nouveauté dans le mécanisme du contrôle de conventionnalité opéré par le juge judiciaire. Les mots « *à l'égard de* », ainsi que l'invocation par la Cour de cassation de l'absence d'opposition lors de la célébration du mariage et de la durée de l'union, impliquent en effet que la décision à une portée limitée au cas d'espèce, n'affirmant en aucune manière que l'article 161 du Code civil est de manière générale contraire à l'article 8 de la Convention.

Par cette décision, à tous égards exceptionnelle, la Cour de cassation affecte en profondeur l'office du juge réalisant un contrôle de conformité, renouvelant les termes du débat sur la vérification de la conformité entre les textes de loi et les normes de valeur supérieure, contribution du juge à cette conciliation entre justice et liberté que Camus désignait comme un impératif pour la société au sortir de la Seconde Guerre mondiale.

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066.

La réception et les suites de cette décision dessinent un objet d'étude nouveau (I), dont il faut tracer les limites (II) avant de cerner son intérêt (III). Cela permettra de déterminer l'ambition et les modalités de l'étude (IV).

I : Objet d'étude

4. Les réactions à l'arrêt du 4 décembre 2013 (A) font apparaître un corpus (B), rendant visible l'inopportunité d'une définition prématurée de l'objet d'étude (C).

A : Réactions à l'arrêt du 4 décembre 2013

5. **Inquiétude initiale** À quelques notables exceptions près¹, les réactions des auteurs à l'arrêt sont négatives, oscillant entre une crainte circonscrite des implications de l'arrêt en matière de prohibition de l'inceste² et une réelle inquiétude sur ses répercussions et ses implications sur l'office du juge, l'affirmation de la Cour de cassation que « *le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question* »³ ne suffisant pas à rassurer. Les réactions vives sont si nombreuses que l'exhaustivité est hors de portée. Seulement quelques exemples peuvent-ils être fournis, des auteurs relevant que « *la première chambre civile de la Cour de cassation est assurément sortie de son lit* »⁴, y voyant une « *décision incestueuse* »⁵ et « *profondément insatisfaisant[e]* »⁶, et s'inquiétant : « *jusqu'où peut-on aller ?* »⁷.

¹ Gouttenoire (Adeline), « Le mariage entre alliés validé par le temps », *Lexbase Hebdo Édition privée générale*, Lexbase, 2014, n° 553 ; Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307 ; Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 153.

² Par exemple Bahurel (Charles), « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Deffrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140 ; Binet (Jean-René), « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2014, n° 1, p. 11 ; Dekeuwer-Défossez (Françoise), « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », *Revue Lamy droit civil*, Lamy, 2014, n° 112, p. 43.

³ Cour de cassation, Communiqué de presse accompagnant l'arrêt n° 12-26.066 du 4 décembre 2013, disponible sur le site internet de la Cour.

⁴ Chénéde (François), « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, n° 3, p. 179.

⁵ Cheynet de Beaupré (Aline), « Une décision incestueuse », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2014, n° 2, p. 23.

⁶ Dekeuwer-Défossez (Françoise), « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », *Revue Lamy droit civil*, Lamy, 2014, n° 112, p. 43.

⁷ Hauser (Jean), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du Code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88.

6. **Développement subséquent du contrôle** Sans pouvoir répondre à cette question, force est de constater que l'arrêt de 2013 a connu des suites nombreuses dans un temps restreint. Si la Cour de cassation n'a, semble-t-il, plus jamais relevé d'office un tel moyen, et a validé la décision d'une cour d'appel annulant un mariage incestueux à la suite d'un contrôle sur le modèle de celui opéré en 2013¹, elle a tôt fait d'exiger des juges du fond qui en sont saisis qu'ils l'examinent avec sérieux², confirmant sa volonté de voir ce contrôle dit de proportionnalité se développer. Les prises de position des premiers présidents de la Cour de cassation³, de même que les différents rapports produits par l'institution cette dernière décennie⁴, montrent sans équivoque que la pratique du contrôle ne relève pas de l'accident, mais est destinée à rejoindre durablement les méthodes de raisonnement du juge judiciaire. Parallèlement, le Conseil d'État a lui aussi introduit cette approche *in concreto* parmi ses outils de raisonnement, écartant la prohibition de récupérer ses gamètes pour réaliser une insémination artificielle *post-mortem* dans un pays autorisant cette pratique dans le cas d'une ressortissante de ce pays⁵.

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, Note Binet (Jean-René), « Nullité d'un mariage incestueux et droit à la vie privée et familiale », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2017, n° 2, p. 34 ; Cheynet de Beaupré (Aline), « Feu mon ex-beau-père et mari, feu mon mariage », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2017, n° 2, p. 29 ; Douchy-Oudot (Mélina), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 470 ; Gallmesiter (Inès), « Nullité du mariage entre alliés en ligne directe : contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 2568 ; Hauser (Jean), « Nullité de mariage : la proportionnalité proportionnelle et l'opposabilité aux tiers », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 102 ; Lemouland (Jean-Jacques), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1082.

² Par exemple en matière d'établissement de la filiation (Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 10 juin 2015, n° 14-20.790, Note Anger (Camille), « Contestation de paternité et contrôle de proportionnalité », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2015, n°279, p.44 ; Bonfils (Philippe), « Droit des mineurs », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p.1966 ; Fulchiron (Hugues), « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p.2365 ; Granet-Lambrechts (Frédérique), « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p.857 ; Hauser (Jean), « Preuve de la filiation : refus d'expertise génétique, qui, comment et brevet de conventionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2015, p.596 ; Marguénaud (Jean-Pierre), « La mise en œuvre du principe de "proportionnalité privatisée" par la première chambre civile de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2015, p.825) ou d'application d'une clause pénale (Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 16 décembre 2015, n° 14-29.285, Note Barbier (Hugo), « Des engagements contractuels ou unilatéraux visant la paix des familles ou des affaires : la paix ne s'impose pas, elle se propose, sinon le juge s'oppose ! », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p.339 ; Grimaldi (Michel), « La clause pénale qui porte une atteinte excessive au droit d'agir en justice ou au droit de demander le partage est réputée non écrite », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016 ; p.424 ; Le Bars (Thierry), « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016 ; p.578 ; Mayer (Lucie), « *Le droit fondamental d'agir en justice et les clauses pénales en matière de libéralité* », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°18, p.55 ; Mekki (Mustapha), « Droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2016, p.566).

³ Par exemple Louvel (Bertrand), « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n° 43, p. 1122 ; Arens (Chantal), « Conclusion », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 128 et Soulard (Christophe), Discours prononcé lors de l'installation de son audience solennelle d'installation comme Premier président de la Cour de cassation le 18 juillet 2022.

⁴ Notamment *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017 ; *Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, Juillet 2021.

⁵ Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, n° 396848, Gonzalez-Gomez Note Afroukh (Mustapha), « Le juge des référés, censeur de la loi ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n° 24, p. 23 ; Binet (Jean-René), « Insémination post-mortem : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016,

Ces développements jurisprudentiels, succinctement évoqués, permettent très rapidement de faire le constat que le contrôle de proportionnalité « *est déjà là, présent* »¹, constituant une donnée avec laquelle il faut composer, une « *réalité à laquelle il est aujourd'hui impossible d'échapper* »², voire « *l'horizon indépassable du juge* »³.

7. Une révolution

La réaction doctrinale n'en est pas moins vive, le contrôle étant perçu par beaucoup comme « *un phénomène nouveau qui heurte les acquis de notre système juridique* »⁴. Là encore, si l'unanimité n'est pas de mise⁵, une véritable inquiétude semble dominer les observateurs⁶, redoutant que le développement du contrôle mette en péril la définition du rôle du juge proclamée depuis la Révolution française, inspiré par la séparation des pouvoirs, et ne rende illusoire toute sécurité juridique, sacrifiée sur l'autel de droits fondamentaux regardés avec méfiance, par un juge avide de pouvoir. Il est par exemple affirmé que cette « *nouvelle idole* » est « *légicide* »⁷ et constitue une « *régression pour le droit français* »⁸. De même, il est craint qu'il s'agisse là d'une « *inversion des pouvoirs* » pouvant

n° 9, p. 16 ; Cheynet de Beaupré (Aline), « La France refile le bébé à l'Espagne », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2016, n° 7, p. 38 ; Delvolvé (Pierre), *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 754 ; Deumier (Pascale), « Contrôle de conventionnalité, l'esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578 ; Deygas (Pierre), « Le contrôle de conventionnalité et le juge du référé-liberté », *Procédures*, LexisNexis, 2016, n° 7, p. 35 ; Hafel (Bernard), « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1477 ; Hauser (Jean), « Procréation médicalement assistée post mortem : le début du délitement ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 600 ; Le Maigat (Patrice), « La vie... au-delà de la mort ou l'insémination post mortem à nouveau en question », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n° 27, p. 16 ; de Montecler (Marie-Christine), « Insémination post-mortem : autorisation d'exportation de gamètes », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1204 ; Vauthier (Jean-Philippe) et Vialla (François), « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2016, n° 29, p. 1479 ; Vessaud (Richard), « Donner la vie après la mort ? », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n° 9, p. 37.

¹ de Castries (Henri) et Molfessis (Nicolas), (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, 2015, p.146.

² Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p.274. Il a aussi été relevé que « *l'heure n'est manifestement plus à la discussion sur l'existence du contrôle de proportionnalité. Il fait désormais partie des réalités positives de notre droit* » (Pellé (Sébastien), « Métamorphose de la loi et contrôle de proportionnalité », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.347).

³ Drago (Guillaume), « Constitutionnalité et proportionnalité : Jalons pour une analyse critique » in *Révolution, Constitution, Décentralisation, Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p.239.

⁴ Fourment (Victoria), « La doctrine face au contrôle de proportionnalité *in concreto* comme illustration d'une controverse sur les méthodes du droit », *Revue de la recherche juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, n° 5, p. 2051.

⁵ Par exemple Jestaz (Philippe), Margénaud (Jean-Pierre) et Jamin (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 2061 ; ou Fulchiron (Hugues), « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2365.

⁶ C'est le cas y compris lorsque l'observation est réalisée d'un point de vue interne. Un rapport annuel de la Cour de cassation relève que l'on « *on devine sans peine à quel point ce mode de raisonnement est, à bien des égards, étranger à la logique du droit français* » (*Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude annuelle 2018*, p.319).

⁷ Zenati-Castaing (Frédéric), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 511.

⁸ Chénéde (François), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 796

conduire à « *la négation même du droit* »¹, voire simplement d'un « *retour au Moyen-Âge* »². Les plus mesurés conviennent qu'il s'agit d'une « *révolution dont les effets sont incertains* »³. Deux thèses récentes partagent ce scepticisme sur le contrôle de proportionnalité⁴, l'une s'inquiétant des « *risques d'instabilité* » qu'il engendrerait⁵, l'autre allant jusqu'à présenter « *le cantonnement de la pratique du contrôle de conventionnalité des lois au seul contrôle in abstracto* » comme un remède en réponse aux « *difficultés posées par le contrôle de conventionnalité in concreto en termes de sécurité juridique* »⁶.

8. **Quelle révolution ?** Dix ans après l'appropriation par le juge judiciaire du contrôle dit de proportionnalité, le pire a été craint et exposé dans toutes ses potentialités. Pourtant, à ce jour, force est de constater que le pire ne s'est pas réalisé, aucune branche du droit n'ayant été profondément chamboulée par ce contrôle⁷. Peut-être est-on impatient ? À l'échelle de l'histoire de la justice, une décennie pèse bien peu : le nouvel outil doit être acclimaté et adopté par les acteurs avant de produire tous ses effets. Il est aussi possible que les dangers du contrôle concret aient été surévalués. Quoi qu'il en soit, à ce jour, là où avait été pointée une « *éventuelle révolution copernicienne de la Cour de cassation* »⁸ force est de

¹ Bénabent (Alain), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz 2016, p. 137

² Gautier-Pierre-Yves, « Retour au Moyen-Âge : le droit moral dévasté par la balance des intérêts », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2019, p. 101.

³ Théry (Philippe), « Propos conclusifs », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n° 16, 2018, p.98.

⁴ Il faut aussi signaler un récent travail portant sur le syllogisme, mais consacrant de larges développements au contrôle de proportionnalité. S'il retient que ce contrôle est « *légitime* » (n°327), « *logique* » (n°329) et « *rationnel* » (n°330), il en conclut pourtant qu'une intervention du législateur est nécessaire pour préserver le raisonnement syllogistique, d'après lui mis en péril par le contrôle (sur cette affirmation, voir *infra* n°61 et s.). Il propose par conséquent d'inscrire à l'article 3 du Code civil que le contrôle de proportionnalité ne peut être pratiqué par le juge que lorsqu'il applique un article de loi qui l'y autorise expressément, limitant le domaine du contrôle aux dispositions comportant une clause de proportionnalité (n°336). Castanier (Kévin), *Le syllogisme judiciaire*, Mare & Martin, 2023.

⁵ Édouard (Cédric), *Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2022, n° 358.

⁶ Fourment (Victoria), *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022, n° 453.

⁷ Sur l'exemple des règles régissant la filiation, il est par exemple constaté que « *ces articles résistent bien* ». Égéa (Vincent), « Un semestre de droit procédural de la famille (juillet 2020/décembre 2020) », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n° 4, Chronique 1. Voir aussi Houssier (Jérémy), « La motivation enrichie en droit de la famille : brèves observations sur la structuration et la motivation du contrôle de proportionnalité », in Dugué (Marie) et Traullé (Julie), *La motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation*, LexisNexis, 2023, p. 75, qui donne crédit au juge de cassation d'avoir « *cantonné les dangers générés par la consécration du contrôle de proportionnalité en droit privé, en éloignant -pour le moment- le péril d'une remise en cause généralisée de nos règles nationales en droit de la famille* » Plus généralement, Monsieur Fulchiron note que la Cour de cassation, sur le contrôle *in concreto*, a « *fait preuve de self-restraint* » Fulchiron (Hugues), « Légiférer sous le regard du juge », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.223.

⁸ de Castries (Henri) et Molfessis (Nicolas), (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, 2015, p.146.

paraphraser Galilée, au sujet du droit civil, en constatant que, pourtant, il tourne.

Dix ans après l'apparition d'un contrôle qui devait mettre en pièces le droit civil, comment expliquer que cet effondrement ne se soit pas produit ? Sans doute cela tient-il au fait que la technique du contrôle dit de proportionnalité est plus révolutionnaire que les décisions auxquelles elle donne lieu. L'outil, révolutionnaire dans son fonctionnement, serait porteur de limitations régulant sa portée, équilibrant son impact.

B : Apparition d'un corpus

9. **Décisions de justice** Pour expliquer ce surprenant constat, il faut percer à jour la technique et les implications du contrôle de proportionnalité. Cette démarche donne une place centrale aux décisions de la Cour de cassation ayant marqué son appropriation par le juge judiciaire, à commencer par l'arrêt fondateur de 2013. C'est à partir de celui-ci qu'il faut remonter pour trouver les racines du contrôle de proportionnalité, et redescendre pour observer ses ramifications, ses suites. Cela commande de ne pas limiter le corpus des décisions de justice aux arrêts de la Cour de cassation, mais de s'intéresser aussi aux décisions des juges du fond. En effet, ils occupent un rôle central dans la réalisation du contrôle, la Cour de cassation, hormis l'arrêt de 2013, ne venant que vérifier que le contrôle demandé est effectué et correctement effectué¹.

Pour autant, l'objectif n'est pas ici de réaliser une étude de jurisprudence qui quantifierait et catégoriserait des décisions de justice en prétendant à l'exhaustivité. Face à un objet d'étude nouveau, qui, sur sa décennie d'existence, a connu de véritables évolutions, une telle réalisation ne pourrait que donner des résultats décevants et peu solides. Au contraire, une approche qualitative doit être retenue, consistant à utiliser les décisions de justice comme des exemples au service d'une réflexion sur les modalités et les implications d'une nouvelle technique de raisonnement adoptée par le juge.

10. **Réception doctrinale des décisions de justice** Cette volonté de réfléchir sur les implications du contrôle de proportionnalité requiert, afin de ne pas se réfugier derrière un technicisme étroit, de s'avancer sur un terrain où sont présentes des questions politiques. Penser l'office du juge, c'est nécessairement s'interroger sur la séparation des pouvoirs, sur le sens à donner à la notion de justice, sur la place du législateur vis-à-vis des normes de valeur supra-législatives. Opérer cette nécessaire élévation de la pensée à partir des décisions de justice

¹ Sur la répartition des rôles, voir *infra* 413 et s.

réalisant un contrôle de proportionnalité serait possible, mais il est bien plus intéressant d'accéder à la scène du débat qui a déjà lieu parmi les auteurs, puisque le contrôle a dès le départ été lu à travers ces questions.

Pour cette raison, les écrits doctrinaux sur le contrôle de proportionnalité doivent occuper une place centrale dans notre étude. Non seulement doivent-ils être convoqués, avec toute la révérence qui leur est due, pour expliquer telle notion, condenser telle connaissance difficilement intelligible, surtout doivent-ils être remis en question. Il convient de rapporter les différents points de vue sur le contrôle de proportionnalité, les allégations de tel ou tel danger qu'il porterait, pour les analyser et leur apporter une réponse argumentée en droit.

Cela nécessite de conserver une certaine ouverture d'esprit vis-à-vis de ces différents points de vue étudiés, de faire preuve d'impartialité. L'impartialité, qui n'interdit ni la subjectivité¹ ni l'expression d'un jugement le moment venu², implique seulement de pouvoir analyser les thèses en présence en mettant de côté ses préjugés. Elle n'empêche pas d'avoir un avis, mais requiert de pouvoir en changer. Prescrite aux juges depuis l'Ancien Testament³, elle est également consubstantielle à la démarche du chercheur. Elle permet, après réflexion et argumentation, d'aller dans le sens contraire de certaines affirmations, d'en rejoindre d'autres. L'une de ses conséquences, ici, est qu'il faut se garder de définir trop tôt l'objet d'étude avec précision.

C : Inopportunité d'une définition prématurée

11. **La définition : préalable ou résultat de l'étude ?** Cette première approche de l'objet d'étude réalisée, il serait attendu une définition précise de celui-ci. Comment, en effet, se livrer à une étude rigoureuse sans savoir précisément quel est son sujet ? Le problème est que, quand il est question de proportionnalité, les mots sont chargés d'une lourde polysémie⁴, le syntagme contrôle de proportionnalité renvoyant à une grande variété d'objets différents. Il en ressort une notion « *plus facile à comprendre qu'à définir* »⁵ ou que l'on ne peut que « *difficilement saisir* »⁶.

Par conséquent, il serait ici particulièrement dangereux de céder au « *rêve de savoir de quoi on*

¹ Fricero (Natalie), entrée « Impartialité » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

² Guinchard (Serge), Chainais (Cécile) *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, 2023 (12^e édition), n° 495.

³ Deutéronome, 16 : 19.

⁴ Sur laquelle voir *infra* n° 48 et s.

⁵ Philippe (Xavier), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, 1990, p.7.

⁶ Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p.305.

parle avant de l'avoir analysé, observé, recherché »¹. Il en résulterait une étude soit trop large, confondant les proportionnalités, soit trop étroite, se limitant à un objet préalablement défini qui n'embrasserait pas le phénomène dans sa totalité, soit encore mal cadrée, qui buterait sur des problèmes de vocabulaire.

Pour éviter ces écueils, il faut pour l'instant laisser de côté la question de la définition, et se contenter de la délimitation opérée par la désignation de notre objet d'étude. Une démarche inductive sera opérée depuis ce phénomène qu'est l'arrêt de 2013, bien vite désigné comme relevant du contrôle de proportionnalité, ses suites jurisprudentielles, et sa réception doctrinale. C'est à partir de son observation que l'étude entreprendra de définir l'objet, de discuter de sa désignation² et d'en apprécier la portée.

Cela conduit à formuler quelques délimitations de l'objet d'étude.

II : Limites de l'objet d'étude

12. La présentation de l'objet d'étude permet de décider de certaines limites (**A**) et d'en rejeter d'autres (**B**).

A : Limites retenues

13. **Juge judiciaire** La centralité assumée de la pratique du juge judiciaire et de ses implications conduit à limiter l'objet d'étude à cet ordre juridictionnel, qui s'inscrit dans la dualité des ordres existant en France. Cette limitation provient du fait que la démarche inductive retenue, partant d'un arrêt de la Cour suprême de l'ordre judiciaire, conduira à réaliser des constatations et des propositions gravitant autour de ce juge.

Les décisions émanant de la Cour européenne des droits de l'Homme ne sont par conséquent pas centrales dans cette réflexion, qui ne vise pas à éclairer la pratique par cette Cour du contrôle de proportionnalité. Elles seront mobilisées en ce qu'elles influencent la pratique du juge judiciaire, l'étude de la réalité et de la consistance de cette influence étant indispensable pour traiter l'objet choisi.

Les décisions des juridictions de l'ordre administratif, pareillement, ne sont que périphériques. Cette étude n'a pas pour ambition de comparer la pratique du contrôle de proportionnalité entre les deux ordres de juridictions, ou de décrire en détail la pratique du juge administratif. Retenir

¹ Atias (Christian), *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002 (1^{re} édition), n° 30.

² Sur ce point, voir *infra* n° 134.

un tel objet serait prétentieux, la juridiction administrative présentant des spécificités dans son histoire, ses pratiques, et ses objectifs, qui rendent son étude en profondeur impossible dans une thèse de droit privé. Cependant, des décisions du Conseil d'État seront invoquées pour mettre en contexte les évolutions du juge judiciaire, ou pour souligner certains traits communs de leurs raisonnements. Les réflexions formulées concernant le contrôle opéré par le juge judiciaire sont confiées au lecteur, qui pourra, *mutatis mutandis*, s'en servir pour éclairer sa compréhension de la pratique du juge administratif.

14. Opportunité d'une analyse de droit comparé Il serait fort intéressant, après avoir envisagé les influences du Conseil de l'Europe sur la pratique du juge judiciaire français, de rechercher ce qu'il en est de ses homologues étrangers, ou de s'interroger sur la concrétisation du contrôle de la loi dans d'autres systèmes. Une telle recherche, toutefois, semble beaucoup trop complexe pour être réalisée comme un simple accessoire à une réflexion sur le contrôle de proportionnalité que réalise le juge judiciaire français. En effet, tant que sa pratique n'est pas comprise avec précision, toute perspective comparatiste ne peut que buter sur des problèmes de vocabulaire et risquer des contresens.

À ce titre, il est courant de citer en exemple le système allemand¹, pour poursuivre en indiquant son influence sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, elle-même inspiratrice du juge français. Il est vrai que, dans le sillage de la Loi fondamentale de 1949, les juges allemands ont, depuis la seconde moitié du XXe siècle, porté une attention particulière au respect des droits fondamentaux, qui s'est doublée dans ce pays d'une féconde réflexion philosophique sur le sujet², donnant naissance au principe et au contrôle de proportionnalité (*Verhältnismäßigkeitsprüfung*). Cet effort des juristes d'outre-Rhin a permis de condenser le contrôle de proportionnalité d'une atteinte à une liberté garantie en trois étapes de contrôle d'adéquation par rapport au but poursuivi, de nécessité, et de proportionnalité *stricto sensu*³. Ce triple test aurait directement inspiré la Cour européenne des droits de l'Homme⁴, que les juges

¹ Il offre en effet « *la recomposition théorique la plus pure du principe de proportionnalité* » (van Drooghenbroeck (Sébastien) et Delgrange (Xavier) « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, Presses universitaires de Strasbourg, 2019, n° 7, p. 41).

² Les prises de paroles et ouvrages du juriste et philosophe Robert Alexy sont à ce titre fondamentaux. Voir par exemple Alexy (Robert), *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2009, traduction de Rivers (Julian).

³ Par exemple Guedes Fontes (Paulo Gustavo) « Robert Alexy, Pondération et particularisme moral », *Revue de la recherche juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020, n°3, p. 1692.

⁴ Sudre (Frédéric), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°11, p. 289.

français auraient fini par suivre¹. En résumé, le contrôle de proportionnalité serait seulement un « succès d'exportation »² allemand parmi d'autres.

Cette possible parenté évoquée, il serait aisé de s'appuyer sur les innombrables références existant concernant le contrôle de proportionnalité allemand et celui de la Cour de Strasbourg pour éclairer un raisonnement sur le contrôle pratiqué en France. Cette facilité méthodologique serait cependant une erreur. En effet, il faut douter de la possibilité pour un outil élaboré dans le contexte particulier d'un système juridique déterminé d'être exporté sans subir des modifications substantielles pour s'acclimater au nouveau système. Surtout, le fait que l'outil en question reçoive le même nom et puisse avoir quelque ressemblance avec son ancêtre allégué n'implique nullement, après avoir été adopté et adapté par les juges français, que les deux soient suffisamment similaires pour que les conclusions retenues concernant le premier s'appliquent au second. Pour ce faire, il faudrait préalablement comparer les contrôles de proportionnalité allemands, du Conseil de l'Europe et français dans toute leur complexité, ce qui dépasse l'ampleur d'un travail qui cherche à éclairer la pratique du juge judiciaire français dans la perspective d'un raisonnement sur la justice et l'office du juge.

Cette ambition serait bien mieux servie par le droit comparé s'il était possible de se fonder non sur une parenté alléguée et complexe à vérifier, mais sur une pluralité de droits étrangers, appartenant à différents systèmes, traditions et continents. Ici, la perspective comparatiste serait assise sur une détermination précise de la fonction du contrôle de proportionnalité en France permettant de rechercher quels sont -s'ils existent- les mécanismes remplissant des fonctions analogues dans les systèmes étrangers. Cette approche fonctionnelle permettrait seule d'éviter que la dénomination des outils condamne le dialogue entre les droits au malentendu. Sa complexité, supposant la constitution et l'étude d'un corpus considérable et plurilingue, la rend toutefois inatteignable au sein d'un tel travail. Peut-être d'autres travaux de recherche pourront-ils s'appuyer sur les résultats de la présente étude pour bâtir une réflexion comparatiste.

Face à de tels écueils, le meilleur moyen de faire progresser la connaissance sur le contrôle de proportionnalité pratiqué par le juge judiciaire français semble de partir de sa pratique et de ce qui a été écrit à son sujet.

¹ Le *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation* (Avril 2017, disponible sur le site internet de la Cour) retient lui-même qu'il n'y a « aucune raison de ne pas faire apparaître dans les arrêts de la Cour de cassation les étapes du contrôle telles que décrites par M. Potocki », qui était alors juge à la Cour de Strasbourg pour la France (p. 167).

² Hochmann (Thomas) « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2021, p. 805.

B : Limites exclues

15. **Absence de limitation à une matière particulière** Si la raison et la réalité imposent de fixer certaines limites à notre réflexion, elles commandent d'en refuser d'autres. Au premier abord, il paraîtrait raisonnable de limiter l'ampleur de l'étude à une matière spécifique du droit civil. Cela permettrait de réaliser une étude systématique et exhaustive de toutes les implications du contrôle de proportionnalité en son sein.

Il pourrait s'agir du droit de la famille, dont relèvent l'arrêt de 2013 et plusieurs arrêts subséquents¹. Dans cette matière, qui « *regorge de considérations morales* »², concentrant des problématiques intimes et spécifiques, le contrôle de proportionnalité semble présenter un intérêt particulier pour les justiciables³, leur offrant de tenter de s'extraire de dispositions tatillonnes au fort impact sur leur vie privée. De plus, la tension entre régulation de la société par le législateur et respect des droits des individus y est particulièrement marquée, illustrant l'importance des questionnements politiques posés par le contrôle, dans une matière qui doit « *protéger, dans le respect des uns et des autres, la paix, l'égalité et la justice* »⁴.

Se concentrer sur cette matière serait pourtant une erreur, qui mettrait en péril la cohérence de cette étude, brouillerait la portée de ses conclusions. Il apparaît en effet que le contrôle de proportionnalité n'est spécifique à aucune matière, mais constitue un outil de raisonnement dont le juge peut user très largement. Se borner à un terrain d'étude si restreint en affirmant que les conclusions s'y limitent conduirait à rendre banales des propositions dont la généralité serait pourtant manifeste. S'y limiter en affirmant que les conclusions le dépassent ne permettrait pas d'espérer convaincre de leur validité.

Pour trouver les limites du contrôle de proportionnalité, il faut l'envisager le plus largement possible au sein du droit civil. Pour envisager sa portée, il faut pareillement mener une réflexion globale, ayant pour objet l'office du juge et non tel ou tel droit. Procéder autrement reviendrait à mentir sur la portée des enseignements de notre étude.

¹ Par le nombre de contrôles de proportionnalité réalisés en droit de la famille, cette matière aurait constitué « *une véritable pierre à aiguiser du contrôle de proportionnalité* ». Houssier (Jérémy), « La motivation enrichie en droit de la famille : brèves observations sur la structuration et la motivation du contrôle de proportionnalité », in Dugué (Marie) et Traullé (Julie), *La motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation*, LexisNexis, 2023, p. 75.

² Egéa (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, n° 108.

³ Voir un « *destin fabuleux* » (Fricero (Natalie), « Actualités législatives et jurisprudentielles », intervention prononcée lors des États généraux du droit de la famille et du patrimoine les 24 et 25 janvier 2019 à la Maison de la chimie (Paris), retranscrite dans un hors-série de la *Gazette du Palais* en date du 30 avril 2019, p.21) ou « *l'un des principaux champs d'application du contrôle de proportionnalité* » (Pellé (Sébastien), « Métamorphose de la loi et contrôle de proportionnalité », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.347).

⁴ Meulders-Klein (Marie-Thérèse), *La personne, la famille & le droit, Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1998, Avant-propos.

La cohérence commande dès lors de ne s'interdire de parler de rien de ce dont traite le juge civil. Cette absence de limite a pour corollaire de renoncer à toute prétention à l'exhaustivité. Il n'est pas question d'envisager tous les usages du contrôle dans toutes les branches du droit civil ou du droit privé, ce qui serait fort ennuyeux et voué à l'échec. Il s'agit de discerner, au moyen d'exemples, des enseignements applicables à toutes ces branches. Les spécialistes et praticiens pourront s'en saisir pour mieux comprendre le contrôle sur leur terrain.

III : Contexte et intérêt de l'étude

16. Si le contrôle de proportionnalité est envisagé sous un angle purement technique, cela conduira à passer sous silence l'intérêt de la réflexion sur cet outil. Ce qui fait qu'il est nécessaire de s'intéresser à cet objet tient plus à ses implications et à ses conséquences qu'à sa technique propre, et requiert de sonder les postulats sur lesquels il repose, parfois de manière peu visible. Des questions (A) et notions (B) sous-jacentes seront par conséquent présentes tout au long de notre réflexion, rendant celle-ci nécessaire.

A : Questions sous-jacentes

17. Le contrôle de proportionnalité interroge et inquiète. L'intérêt de la réflexion à son sujet, au moyen d'une compréhension améliorée du mécanisme, est d'éclairer et d'apprécier ces questionnements, qui ne sont pas solubles dans la technique. Certaines de ces craintes sont suffisamment précises pour être traitées spécifiquement (1), tandis que d'autres sont si diffuses et graves qu'elles nécessitent, pour être prises en compte, une étude complète qui ne peut les accueillir dans une partie restreinte de sa démonstration (2).

1 : Questions traitables spécifiquement

18. **Aléa et équité** Le contrôle de proportionnalité suscite chez beaucoup d'observateurs la crainte d'une majoration de l'aléa judiciaire, qui augmenterait l'imprévisibilité des décisions de justice, et réduirait la sécurité juridique dans une proportion intolérable¹. De même, il est redouté que le contrôle soit un instrument permettant au juge de statuer en équité, décidant selon son éthique personnelle, son bon vouloir, libéré de l'exigence d'appliquer la loi démocratiquement votée, rappelant les critiques faites aux parlements de

¹ *Infra* n° 428 et 430.

l'Ancien régime¹. Les deux craintes sont d'ailleurs liées, un juge décidant selon son humeur tendant à être imprévisible.

Ce sont là deux allégations précises et délimitées. Une meilleure compréhension du fonctionnement et des potentialités du contrôle de proportionnalité permettra de réfléchir à leur sujet. Il apparaîtra alors que la crainte d'imprévisibilité doit être relativisée², tandis qu'une observation attentive de la notion d'équité conduit à en distinguer nettement le contrôle, qui permet de rendre des décisions équitables et non en équité³.

2 : Questions traitées par l'étude dans sa totalité

19. **Gouvernement des juges** La séparation des pouvoirs implique que ce n'est pas le rôle des juges de gouverner, cet « *exercice du pouvoir politique* »⁴ revenant aux représentants élus par les citoyens. Un siècle après que Lambert ait formulé l'expression de « *gouvernement des juges* » au sujet des États-Unis d'Amérique⁵, la peur de cet accaparement par les organes judiciaires des prérogatives politiques se fait entendre de manière vive et régulière dans le débat⁶. Cette peur se cristallise régulièrement sur tel ou tel sujet, qu'il s'agisse d'une actualité judiciaire, d'un projet de réforme ou d'un mécanisme juridique, souvent quand il opère une promotion des droits de l'Homme ou se fonde sur eux⁷. Il en est ainsi du contrôle de proportionnalité⁸.

Il est difficile de traiter une telle allégation. En effet, la notion de gouvernement des juges reçoit de très nombreuses définitions différentes, et est souvent brandie comme un anathème sans

¹ *Infra* n° 465.

² *Infra* n° 432 et s.

³ *Infra* n° 487 et s.

⁴ Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, Entrée « Gouverner », Le Robert, 2016.

⁵ Lambert (Édouard), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Giard, 1921.

⁶ En témoigne par exemple la série de cinq numéros spéciaux de la revue *Commentaire* sur le sujet. Dossier « Enquête sur le pouvoir judiciaire », *Commentaire*, n° 177 à 181, de 2022 à 2023.

⁷ Le philosophe Pierre Manent écrivait déjà en 2001 « *si l'on s'appuie à l'avenir principalement sur les droits de l'homme pour rendre justice, la 'manière de juger' ne pourra être fixe. L'arbitraire, c'est-à-dire ce contre quoi précisément nos régimes ont voulu se prémunir en instituant le contrôle de constitutionnalité, ira alors croissant, et sera paradoxalement le fait des juges* ». Manent (Pierre), « L'empire de la morale », *Commentaire*, 2001/3, n° 95, p.501.

⁸ Il peut s'agir d'une crainte, formulée par exemple par le Recteur Guinchard : « *le contrôle de proportionnalité a permis, dans certains arrêts, de n'aborder les affaires que sous l'angle exclusivement sociétal et de remettre en cause les arbitrages opérés par la souveraineté nationale (...), cette dérive est le ver dans le fruit d'un contrôle de proportionnalité mal maîtrisé* » (Guinchard (Serge), « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p.609. La chose peut également être affirmée comme une réalité présente, comme par Monsieur Gautier, pour qui « *nous voici dans le gouvernement des juges* » (Gautier (Pierre-Yves), « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p.55.

véritable démonstration. Cette allégation, qui « *obscurcit à peu près tout ce qu'elle devrait éclairer* »¹, peut difficilement être réfutée de manière méthodique, en comparant point par point d'hypothétiques critères du gouvernement des juges avec le contrôle de proportionnalité. Cela est d'autant plus vrai que, en modifiant les modalités du contrôle de conventionnalité de la loi opéré par le juge, le contrôle de proportionnalité affecte mécaniquement les rapports entre le pouvoir législatif et ce que la Constitution qualifie d'autorité judiciaire². Cependant, jamais la séparation des pouvoirs élaborée par Locke et Montesquieu ne prévoit une barrière hermétique permettant au législateur d'être à l'abri de toute influence des autres pouvoirs. Au contraire vise-t-elle à ce que « *le pouvoir arrête le pouvoir* »³, pensant la balance et l'équilibre des pouvoirs pour la protection des citoyens⁴.

Par conséquent, le meilleur moyen d'apporter une contribution au débat sur le contrôle de proportionnalité et le gouvernement des juges est d'améliorer la compréhension de cet outil. C'est en exposant la méthode de réflexion du juge réalisant le contrôle, les contraintes auxquelles il est soumis⁵, ses interactions avec la loi la fortifiant⁶, et en distinguant son raisonnement de l'équité qu'il apparaîtra que le contrôle de proportionnalité ne permet pas au juge de gouverner, mais, au contraire de promouvoir la force et la cohérence des solutions retenues par le législateur tout en les conciliant avec les normes supérieures dont les citoyens se sont dotés pour leur protection.

Dès lors, le traitement de cette question, s'il était limité à une partie de notre démonstration, ne serait que superficiel. Son invisibilité n'indique pas que la question ne se pose pas, mais au contraire que toute la démonstration tend à y répondre.

20. Égalité devant la loi La même chose peut être dite de l'égalité des justiciables devant la loi⁷. Au premier abord, le contrôle de proportionnalité ne semble pas respecter cette garantie, permettant d'élaborer une solution « *sur-mesure* » alors que la loi, qui s'applique dès que les faits se subsument dans ses prévisions, ne serait que du « *prêt-à-porter* »⁸.

¹ de Béchillon (Denys), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2002, p.973.

² Constitution du 4 octobre 1958, Titre VIII.

³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777, Livre XI, Chapitre IV.

⁴ Plus récemment, Roblot-Troizier (Agnès), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, Seuil, 2012, n°4, p.89.

⁵ Sur l'exigence de motivation du contrôle, voir *infra* n° 402 et s.

⁶ Voir *infra* n° 229 et 235.

⁷ Garantie notamment par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁸ Gogos-Gintrand (Amélie) « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2409.

À cela, il est aisé de répliquer que l'égalité ne garantit aux citoyens d'être traités de la même manière qu'autant qu'ils soient dans la même situation¹, le contrôle de proportionnalité ayant pour objet de détecter la différence de situation entre les citoyens², et pour résultat de ne pas appliquer la loi à l'espèce trop différente.

C'est là une partie de la réponse, mais elle n'est pas, à elle seule, suffisamment convaincante. En effet, le contrôle, lorsqu'il aboutit, a bien pour effet de ne pas appliquer la loi à une situation où, à sa seule lecture, elle est pourtant applicable. Pour se convaincre que cette éviction *in casu* est compatible avec l'exigence d'égalité, il faut replacer le mécanisme dans une plus large perspective de défense des droits fondamentaux. Seule cette approche globale est à même de convaincre que le contrôle de proportionnalité est un outil de défense des droits fondamentaux des citoyens, dont l'égalité fait partie, et non une mise en péril de ceux-ci.

B : Notions sous-jacentes

21. L'idée comme le fonctionnement du contrôle de proportionnalité reposent sur deux notions, qui ne sont pas au cœur de notre sujet, mais participent de son fondement. Il faut dire quelques mots des droits et libertés (1) et de la hiérarchie des normes (2) pour rendre notre étude possible.

1 : Droits et libertés

22. **Proportionnalité et liberté** Il a été écrit, au sujet de la proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'Homme, qu'elle est « *idéologiquement creuse et n'a nulle vocation nécessaire à favoriser la promotion de tel type d'intérêt au détriment de tel autre (...)* à l'image du marteau qui peut tout aussi bien être manié par le sculpteur que par l'assassin »³. Cette affirmation se vérifie s'agissant de l'usage de l'outil devant le juge judiciaire : le contrôle de proportionnalité n'y est pas plus porteur en lui-même d'une quelconque direction morale conduisant le juge y recourant à faire prévaloir tel ou tel type d'intérêt.

Il faut cependant poser comme limite que le contrôle de proportionnalité a pour objet de

¹ Au plus simplement, l'égalité peut se définir « *par le biais d'une comparaison dont il ne résulte aucune différence quantitative ou qualitative entre deux ou plusieurs éléments* » (Fontaine (Clotilde), Entrée « Égalité (Approche historique) », in Tharaud (Delphine) et Boyer-Capelle (Caroline) (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021).

² Sur l'aptitude du contrôle de proportionnalité à mettre en exergue les différences de situation, voir *infra* n° 401.

³ Van Drooghenbroeck (Sébastien), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p.727.

promouvoir l'effectivité des droits et libertés garantis par des textes de valeur supra-législative¹. Le contrôle est neutre quant aux effets à faire produire aux droits fondamentaux, pouvant justifier en l'espèce des solutions opposées, mais ne l'est pas quant à la question de savoir si ces droits doivent pouvoir en produire. Ne pas rejeter le contrôle en bloc et avant tout raisonnement requiert nécessairement de souscrire à cette idée que les citoyens doivent disposer de certains moyens d'exiger le respect concret et effectif de leurs droits fondamentaux².

23. **Limites de la neutralité** Ce positionnement révélé, il apparaît que les droits et libertés fondamentaux seront présents dans toute la démonstration, leur faire produire des effets étant le rôle du contrôle de proportionnalité. Si la réalisation d'une telle étude trahit la pensée que les droits fondamentaux ne doivent pas seulement relever du « *beau texte de philosophie politique* »³, elle peut être menée sans se départir de la neutralité concernant le contenu de ces droits fondamentaux et leurs effets. Dans une étude portant sur les méthodes de réflexion du juge, il est possible de critiquer en bien ou en mal une décision en raison de son argumentation et du procédé y ayant conduit tout en restant muet sur le fond de la solution. La volonté affirmée de rendre plus effectifs les droits fondamentaux peut d'ailleurs conduire à une certaine méfiance quant à l'extension des droits proclamés, ceux-ci étant à même de produire des effets vigoureux.

24. **Terminologie** Ce travail ne portant pas sur la substance des droits fondamentaux, il est permis de conserver un flou relatif concernant la terminologie pour reprendre les dénominations les plus communes et établies, tout en ignorant les plus clivantes⁴. Il est possible de s'interroger sur la distinction entre droits et libertés. Dans un sens strict, les premiers renvoient volontiers à des droits-créance, permettant au citoyen d'exiger de l'État une action, tandis que les secondes sont plus adaptées à l'exigence d'une abstention⁵, offrant aux individus une limite aux contraintes et coercitions que l'État peut leur imposer. La notion de liberté paraîtrait alors plus appropriée à un mécanisme pouvant conduire à ce que la loi ne soit

¹ Sur ce point, voir *infra* n° 172.

² Sur la possibilité de ne pas souscrire à cette idée, voir *infra* n° 152 et s.

³ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs, 2010, p. 120.

⁴ Les « droits humains » ne seront pas mentionnés. Cependant, notre attachement à l'universalisme nous commande de mettre une majuscule au mot Homme dans le syntagme « droits de l'Homme » à chaque fois qu'il n'est pas dans une citation d'un auteur préférant la minuscule. L'expression « droits de l'Homme », du reste, constitue « *un point de référence du vocabulaire politique et juridique* » sur lequel on peut s'appuyer (Champeil-Desplats (Véronique), *Théorie générale des droits et libertés, Perspective analytique*, Dalloz, 2019, p.32).

⁵ Cette définition simpliste n'est exacte que dans le sens classique de la liberté négative. Sur la distinction entre liberté négative et positive et leurs interactions, voir Fabre-Magnan (Muriel), *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p.23 et s.

pas appliquée dans une situation, puisqu'il permet de lever la contrainte imposée par le législateur à l'individu, et non à l'individu d'obtenir de la sphère publique qu'elle agisse à son bénéfice.

Il n'est cependant pas opportun de prendre position sur un débat technique et philosophique qui dépasse notre réflexion. Il suffit de constater que « *selon les usages, le concept de droit peut être considéré inclus dans celui de liberté, ou vice versa* »¹ et de poser que les expressions « droits fondamentaux », « droits et libertés fondamentaux », « droits de l'Homme » et « libertés fondamentales » seront ici équivalentes.

Cela permet opportunément de constater que la notion de fundamentalité apparaît de manière récurrente.

2 : Hiérarchie des normes

25. **Complexité de la question** Quelle est cette fundamentalité qui caractérise les droits et libertés ici invoqués²? C'est assurément une référence à la hiérarchie des normes qui, s'agissant du contrôle de proportionnalité dont il est ici question, justifie que le juge puisse dans certains cas écarter la loi applicable pour faire prévaloir une liberté garantie, par exemple, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Si l'obésité de la hiérarchie des normes a été dénoncée³, est pareillement regrettée la pluralité de conceptions s'y rattachant, faisant qu'il n'y a « *rien de plus fuyant et de plus incertain que cette hiérarchie des normes* »⁴. L'expression remonte aux travaux fondateurs de Kelsen, qui a le premier décrit l'ordonnement juridique comme « *un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie* »⁵.

Pour le juriste autrichien, cette vision imagée signifie que la règle de droit se trouvant en bas de la hiérarchie voit ses conditions d'édiction définies par la norme directement au-dessus, et ainsi de suite jusqu'à atteindre la norme fondamentale au sommet de la pyramide, présumé nécessaire à la validité du reste de l'édifice. Ce « *processus d'engendrement en chaîne* »⁶ implique que les normes sont « *surtout attributives de compétence* »⁷, c'est-à-dire chargées de

¹ Champeil-Desplats (Véronique), *Théorie générale des droits et libertés, Perspective analytique*, Dalloz, 2019, p.234. Madame Rochfeld constate pareillement que l'emploi de ces différentes expressions, auxquelles elle adjoint les « *libertés publiques* », est réalisé « *sans grande rigueur* ». Rochfeld (Judith), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2022 (3^e édition), p. 224.

² L'emploi de cette expression irait d'ailleurs croissant. Rochfeld (Judith), *Op. cit.*, p. 222.

³ Cornu (Gérard), « La jurisprudence aujourd'hui », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1992, p.342.

⁴ Gannagé (Léna), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001, n° 5.

⁵ Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962 (2^e édition), traduction de Eisenmann (Charles), p.299.

⁶ Libchaber (Rémy), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1997, p.792.

⁷ Villey (Michel), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p.289.

définir dans quelles conditions formelles les règles de valeur inférieure doivent être élaborées et adoptées pour faire partie de l'ordonnement juridique de manière valide¹. Une telle vision de la hiérarchie, qualifiée de dynamique², implique que les modalités de contrôle de son respect se concentrent sur la vérification formelle du procédé d'élaboration de la règle : le contrôle n'est qu'une sorte d'aiguillage³.

Pour que le contrôle hiérarchique s'intéresse au contenu de la norme, il faut au contraire recourir à une conception statique. Dans un tel « *ordre hiérarchique de type axiomatique* »⁴, le contrôle prend en compte le contenu des normes pour apprécier si la norme inférieure, dans sa substance, est conforme à celle qui lui est supérieure. La chose n'est pas sans évoquer Benjamin Constant, qui affirmait que « *la volonté de tout un peuple ne peut rendre juste ce qui est injuste* »⁵, la définition de ce qui est substantiellement injuste relevant cependant ici de la norme placée au sommet de la pyramide, et non d'une quelconque loi naturelle.

Le contrôle de proportionnalité, ayant pour objet de vérifier que l'application d'une norme ne cause pas un résultat contraire à une norme supérieure, repose sur une telle conception statique de la hiérarchie.

26. Simplicité des implications quant au contrôle de proportionnalité Cela montre que notre étude, quoiqu'elle fasse nécessairement appel aux expressions forgées par Kelsen de « hiérarchie » et de « pyramide », ne prétend pas pour autant respecter avec rigueur la conception de l'auteur positiviste. Elle n'innove en rien ici, un auteur ayant expliqué le succès du système de représentation par une hiérarchie pyramidale, qui « *continue à orienter la plupart des réflexions sur l'ordonnement juridique* »⁶, par le « *syncrétisme et la simplification*

¹ Autrement dit, « *Kelsen a cru pouvoir se démarquer radicalement du jusnaturalisme en soutenant que cette validité ne leur vient pas des modalités de leur contenu envisagé en lui-même et pour lui-même, mais des modalités de leur édicition* » (Amselek (Paul), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p.983).

² Par exemple Puig (Pascal), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2001, p.749.

³ Telle disposition, non-valide car adoptée sans respecter la norme supérieure, sera valide si elle provient d'une modification de ladite norme. Une modification constitutionnelle peut par conséquent conduire à l'adoption de toute disposition, quel que soit son contenu. La métaphore de l'aiguillage, utilisée à propos du Conseil constitutionnel, provient de Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p.557.

⁴ Mongoin (David), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022 (1^{re} édition), n° 310.

⁵ Constant (Benjamin), « De la souveraineté du peuple », in *Œuvres politiques*, Charles Louandre, Charpentiers et C^{ie}, 1874, p.11.

⁶ Molfessis (Nicolas), « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1999, p. 232. L'auteur relève ensuite, malgré ce succès qui n'a pas été véritablement démenti 25 ans plus tard, « *la relativité sinon l'inanité de l'agencement pyramidal des normes* ».

excessive dont il est l'objet»¹. Critiquée de longue date², la construction kelsenienne est aujourd'hui en partie dépassée, ne rendant pas compte de la complexité de l'ordonnement juridique, étant pour cela « *trop rigide* »³. Elle pourrait, comme le propose le Président Vosskuhle, être remplacée par la figure du mobile⁴.

Pour cette étude, il faut être conscient de l'histoire et de la portée des notions utilisées, mais il n'est pas nécessaire de se positionner sur ces débats complexes. Réfléchir sur le contrôle de proportionnalité requiert seulement de constater que le contrôle statique de la hiérarchie des normes est, aujourd'hui, une réalité établie⁵. Dans l'ordre judiciaire, il en est ainsi depuis que l'arrêt dit Jacques Vabre⁶, appuyé sur l'article 55 de la constitution, permet à tout juge de réaliser le contrôle de conventionnalité. Si cela ne rend pas le contrôle de proportionnalité inéluctable, cela permet au moins de le concevoir, ce qui est impossible dans le cadre d'un contrôle simplement dynamique.

IV : Ambition et moyens de l'étude

27. **Possibilité et limites d'une étude simplement dogmatique** Il serait concevable et légitime d'aborder la rédaction d'une recherche sur le contrôle de proportionnalité avec l'ambition de réaliser une étude dogmatique de celui-ci⁷. Face à un outil nouveau dans la panoplie du juge judiciaire, il est nécessaire de faire œuvre de description, de systématisation, et de réfléchir à la manière dont le contrôle de proportionnalité s'insère dans le système existant.

Cependant, des thèses récentes ont déjà œuvré dans ce sens⁸. Surtout, une telle démarche ne

¹ Puig (Pascal), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2001, p.749.

² Son caractère mécanique et son ignorance assumée de la substance des normes ont été mal reçus de beaucoup de juristes. Par exemple, pour Villey, « *Kelsen adore la cohérence, à laquelle il offre en holocauste : la justice et la vérité* » (Villey (Michel), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p.291).

³ Deumier (Pascale), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2021 (6^e édition), n° 152.

⁴ « *Si vous observez les éléments d'un mobile pendant un certain temps, vous verrez qu'aucun d'entre eux ne tourne autour de son axe, mais que chacun entretient avec les autres un dialogue permanent et imaginaire déclenché par leurs mouvements* » (Vosskuhle (Andreas), « Une pyramide ou un mobile ? La protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles européennes », Audience solennelle de la Cour européenne des droits de l'Homme, 31 janvier 2014, disponible sur le site internet de la Cour).

⁵ Monsieur Puig relève que « *L'État de droit [impose] une hiérarchie des normes non plus seulement formelle et procédurale mais également substantielle* », Puig (Pascal), article précité.

⁶ Cour de cassation, Chambre mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556.

⁷ Notion polysémique, la dogmatique juridique est ici entendue au sens de « *domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques* » (Aarnio (Aulis), entrée « Dogmatique juridique », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993).

⁸ Édouard (Cédric), *Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2022, et surtout Fourment (Victoria), *Le contrôle*

semble pas à même, à elle seule, de parvenir à des découvertes intéressantes au-delà de la pure description. Elle présente d'ailleurs un certain biais conservateur, lorsqu'il s'agit non de découvrir la cohérence d'un système éprouvé, mais d'apprécier l'insertion dans le système d'un objet nouveau. En effet, l'objet nouveau prend place dans un environnement établi, et y occasionne nécessairement des changements, ses effets bénéfiques pouvant tarder à apparaître, ou sembler n'être que de belles promesses, illusoire face au risque de perturbation. Sans doute cela explique-t-il une partie des critiques formulées envers le contrôle de proportionnalité.

28. L'art d'œuvrer à la conciliation entre justice et liberté Il nous semble au contraire, s'il ne faut pas rejeter toute approche scientifique de la question, que celle-ci doit servir une fin plus grande¹. Il a été écrit que le droit « *est un art, parce qu'il n'est qu'un moyen* »². S'agissant du contrôle de proportionnalité, la fin vers laquelle tend le moyen droit est la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux dans les limites des autres impératifs de cet art, tels que le respect de la séparation des pouvoirs, de l'égalité des citoyens, de la sécurité juridique³. En d'autres termes, c'est la contribution du droit à la conciliation de la justice et la liberté dont parlait Camus. La science du droit est ici mobilisée pour tendre vers cet objectif, qui la dépasse et lui est extérieur.

De telles considérations relèvent de l'organisation de la Cité : elles sont politiques. Le nier donnerait lieu à une œuvre désincarnée et serait mentir au lecteur. L'honnêteté intellectuelle, au contraire, commande de reconnaître que « *le droit est politique, et ne peut cesser de l'être au motif qu'il fabrique et utilise des instruments* »⁴, et que, pour le juriste « *décrire (...) c'est*

de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022.

¹ Considérations sur une fin plus grande dont il doit être fait état dès les prémisses de la réflexion et avant la tentative de démonstration, étant posé que le juriste « *ne saurait ainsi masquer son engagement éthique ou moral derrière un propos de pure technique juridique, car le débat s'en trouverait alors faussé* ». Molfessis (Nicolas), « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2003, p. 161.

² Stoyanovitch (Konstantin), « Y a-t-il une science du droit ? Contribution à l'épistémologie générale », *Archives de philosophie du droit*, 1959, Volume 4, p.67.

³ Des auteurs ont formulé cette promesse que porte le contrôle. Par exemple, pour Monsieur Chagnollaud, « *la proportionnalité semble être le double de l'État de droit en ce qu'il vise à empêcher l'arbitraire et limite le pouvoir* » (Chagnollaud (Dominique), « Les techniques du contrôle », in Troper (Michel) et Chagnollaud (Dominique), *dir., Traité international de droit constitutionnel, Tome 3, Suprématie de la Constitution*, Dalloz, 2012, p.154), ou pour Madame Amrani-Mekki, « *l'essor d'un tel contrôle aboutirait en effet à permettre la sauvegarde de la situation d'une partie par une mise à l'écart de la loi. Le juge de cassation statuerait hors la loi au bénéfice des droits fondamentaux du justiciable, privilégiant l'État de droit sur l'État légal, la protection du Droit sur celle de la seule loi émanant du pouvoir législatif* » (Amrani-Mekki (Soraya), « Quelle place pour le justiciable devant les cours suprêmes », *Gazette du palais*, Lextenso, 2016, n° 42, p.41).

⁴ Chazal (Jean-Pascal), « Droit de propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 763.

choisir »¹. Il faudra par conséquent au terme de cette étude, exprimer une opinion sur le contrôle de proportionnalité, opinion fondée par la réflexion scientifique, mais la dépassant, conscient que « *toutes les démarches auxquelles donne lieu le droit ne sont pas et ne peuvent pas être scientifiques* »².

29. Analyse critique des décisions de justice et de leur réception doctrinale Pour se donner les moyens de cette ambition, il faut améliorer la connaissance du contrôle de proportionnalité en progressant vers une définition, afin d'avoir une représentation délimitée et précise de l'objet d'étude. Cela est nécessaire pour apprécier les effets produits par le contrôle, et fournir un cadre de lecture de l'accueil qui en est fait, qu'il soit positif ou négatif. C'est à ce prix qu'il sera possible de prendre position sur le débat politique auquel l'appropriation de cette technique par le juge judiciaire a donné lieu, en ayant, autant que faire se peut, un point de vue étayé en droit.

L'idée est d'éviter les obstacles épistémologiques sur notre chemin, qui, indiquait Bachelard, « *se présentent toujours par paire* »³. Cette bipolarité des erreurs, qui ne provient pas de la nature des choses mais « *de l'attitude polémique de la pensée scientifique* »⁴, consisterait soit à se contenter de bâtir un raisonnement technique sur le contrôle de proportionnalité débouchant sur une présentation exagérée des effets négatifs qu'il peut produire sur le système dans son ensemble, soit à se focaliser sur ses bénéfices attendus pour affirmer un point de vue insuffisamment argumenté. Messieurs Ost et van de Kerchove, pour contourner cette bipolarité des erreurs en droit, proposent de procéder en décrivant le phénomène juridique « *au travers de la mise en discours qui en est faite* » pour ensuite expliquer ces « *pratiques discursives* » afin de parvenir à une « *ré-interprétation globale de l'objet étudié* »⁵.

Cette approche commande, afin de pouvoir faire progresser la compréhension du contrôle, de se fonder tant sur les décisions de justice qui le pratiquent que sur la réception qu'en font les auteurs, de traiter tant du contrôle que du discours sur le contrôle. Il sera indispensable d'en avoir une vision critique afin, concernant les décisions de justice, de formuler des propositions visant à assurer une meilleure insertion du contrôle dans l'édifice existant, pour leur réception doctrinale, de ne pas passer sous silence les préjugés et les biais qui pourraient apparaître. Sans constituer un plan d'étude, cette démarche guidera notre pensée pour comprendre le contrôle

¹ Villey (Michel), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p.292.

² Amselek (Paul), « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1997, p.337.

³ Bachelard (Gaston), *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie philosophique J. Vrin, 1967 (5^e édition), p.21.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Ost (François) et van de Kerchove (Michel), « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1988, Volume 33, p.1977.

de proportionnalité et l'accueil qui lui est fait, permettant d'émettre une opinion étayée sur cet outil, et la justesse de cet accueil, dans la perspective de la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux tout en respectant les autres objectifs du Droit.

30. **Plan de l'argumentation** Le caractère politique voire polémique du propos ayant été confessé sans ambages, il est indispensable de le fonder sur une réflexion rigoureuse, attestant que les points de vue retenus *in fine* sont, autant que faire se peut, défendables par la raison, et non seulement par la passion.

Dès lors, la réflexion doit commencer par l'appréhension la plus précise possible de l'objet d'étude. Cette appréhension est plus complexe que l'élaboration d'une définition du contrôle dit de proportionnalité. Là où une définition reformule « *en plusieurs mots ce qui a été exprimé en un seul* »¹, la compréhension ici requise doit embrasser tant le fonctionnement du contrôle que ses fonctions, sa technique que son intérêt pratique, le tout en ne partant pas de sa désignation au cas où celle-ci serait imprécise ou mal choisie.

Pour comprendre la technique du contrôle de proportionnalité, il faut observer cet outil afin de le distinguer des objets ressemblants, dans un mouvement de réduction du périmètre du sujet traité par rapport à la totalité des objets désignés sous le même nom. Pour ce faire, il faudra dégager un élément distinctif permettant d'établir la spécificité de l'objet, son caractère unique. Ce double mouvement permettra de qualifier le contrôle de proportionnalité d'outil de raisonnement concret. Ci-fait, restera à discerner à quoi s'applique ce caractère concret du contrôle. L'appellation contrôle de proportionnalité conserve en effet un certain flou, qui n'est pas entièrement dissipé par l'affirmation que ce contrôle présente un caractère concret. Les choses s'éclairent en observant que ce caractère concret ne s'applique pas seulement à la nébuleuse notion de proportionnalité, mais surtout à la construction mieux appréhendée de la hiérarchie des normes. Ces étapes sont nécessaires pour affirmer simplement que la réflexion porte sur le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

Elles permettent de s'interroger sur les fonctions que remplit le contrôle de proportionnalité au sein de la panoplie des outils de raisonnement et de justification à la disposition du juge. Cette étude des fonctions est utile, tant pour apprécier les raisons ayant conduit à son apparition, que pour juger de l'opportunité de cette apparition. Pour les apprécier dans toute leur complexité, il est nécessaire d'adopter successivement deux points de vue différents. Il faut d'abord partir de du justiciable, ou plutôt du sujet de droit. Cela fera apparaître les fonctions du contrôle de

¹ Lehmann (Alise) et Martin-Berthet (Françoise), *Introduction à la lexicologie. Sémantique et morphologie*, Armand Colin, 2007, p. 18.

proportionnalité à l'échelle de l'individu, titulaire de droits fondamentaux, confronté à un différend. Il faut aussi, pour ne négliger aucun aspect, prendre le problème à rebours pour apprécier les fonctions du contrôle au niveau systémique, envisageant ses justifications au regard de l'ordre juridique et juridictionnel.

Cette élaboration d'une notion de contrôle de proportionnalité permet de s'interroger sur son incidence. En effet, si la notion situe le contrôle au sein des outils du juge, elle n'en permet qu'une étude isolée. Or, la construction d'une opinion sur le sujet requiert une étude de ses implications et de ses interactions, nécessaire pour apprécier son insertion dans le système existant.

Il faut pour cela délimiter le domaine du contrôle, envisager sur quel terrain il produira ses effets. Le caractère plus ou moins vaste de ce domaine sera directement à même d'influencer l'appréciation portée sur le contrôle, un outil produisant des effets vigoureux n'étant pas perçu de la même manière selon qu'il produit ses effets sur un terrain restreint ou sans limites exigeantes. L'appréciation de ces limites passera par une analyse des limites que le juge impose au contrôle, tentant de tracer les frontières de l'outil qu'il a adopté pour en conserver la maîtrise. Elle se poursuivra par une étude des limites découlant de la nature même du contrôle, bâtie sur l'analyse notionnelle déjà effectuée. Cela permettra de définir quelles sont les limites à exclure pour préserver la cohérence du système, et celles sur lesquelles il est possible de se reposer pour apprécier le contrôle.

Toutes ces réflexions sont requises pour mesurer la portée du contrôle, c'est-à-dire la manière dont il affecte l'office du juge, la séparation des pouvoirs, et l'œuvre de Justice. Il apparaîtra alors que cette portée peut être appréciée en observant le factualisme du contrôle, son appréhension particulière des faits de l'espèce lui donnant une portée essentiellement différente des autres mécanismes de contrôle du respect de la hiérarchie des normes, et son encadrement, qui permet de l'insérer dans une conception de l'office du juge compatible avec l'état de droit, en faisant un élément de promotion de celui-ci et non un risque d'arbitraire.

Plus simplement, il faut discerner la notion de contrôle de proportionnalité (**Partie I**) afin de pouvoir porter une appréciation sur le terrain où il déploie ses effets et la nature de ces effets, c'est-à-dire son incidence (**Partie II**).

Partie I : La notion de contrôle de proportionnalité

31. **Définition et notion** Dans le cadre d'une réflexion sur un outil nouvellement apparu dans un système juridique, tel le contrôle de proportionnalité utilisé en France depuis une dizaine d'années, la tentation est grande de formuler rapidement un avis sur son opportunité. Une telle démarche offre en effet la rassurante certitude d'une parole prononcée avec confiance, tranchant avec le caractère déstabilisateur de l'objet nouveau. La satisfaction que procurera cette parole à celui qui la prononce comme à celui qui la reçoit sera d'autant plus grande qu'elle ignorera la nuance, inconfortable questionnement cherchant à mettre en avant les espaces de doute. Une telle démarche présente d'ailleurs l'avantage de laisser au commentateur une option entre deux discours, l'un lénifiant, affirmant que la nouveauté n'en est pas une et qu'elle ne change strictement rien à une réalité prise en compte par la pratique bien avant que les observateurs la découvrent, l'autre catastrophiste déplorant la destruction annoncée de l'édifice provoquée de manière inexorable par une nouveauté néfaste.

Cette posture, cependant, ne paraît pas à même de permettre le développement d'une argumentation étayée. En effet, rares sont les objets d'étude pour lesquels un point de vue manichéen suffit, l'intérêt d'une pensée résidant bien plus souvent dans les doutes, les controverses, les nuances et les hésitations que dans les affirmations. L'exposé de ces zones grises, qui conduira d'abord à mieux cerner l'objet d'étude, permettra ensuite à un débat véritable de se nouer sur le sujet, débarrassé de ses postures. Il est par conséquent nécessaire, pour mener une démarche de réflexion rigoureuse face à un objet nouveau, d'abdiquer le confort épistémologique consistant à produire *a priori* des affirmations qui ne peuvent être que des préjugés.

Pour construire une telle réflexion, il faut observer l'objet d'étude pour discerner la notion qui le sous-tend, et constitue le point de départ le plus solide pour s'interroger sur les attentes qu'il génère, ses conséquences sur le réel, et l'opportunité de son utilisation. La notion, qui dérive d'un mot signifiant « *apprendre à connaître* »¹, manifeste un processus de réflexion dynamique progressant vers la connaissance. Elle est moins précise et concise qu'une définition², mais permet de mieux cerner le sujet en partant de la connaissance intuitive de celui-ci, tirée de

¹ Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2016, entrée « Notion ».

² Elles sont également moins objectives, résultant de « *choix et d'arbitrages entre les nécessités des faits, les valeurs dominantes, la présentation doctrinale qui a présidé à sa mise en perspective, les fluctuations sociales et historiques diverses...* ». Rochfeld (Judith), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2022 (3^e édition), p. 4.

l'observation de la pratique, pour extraire ses caractères essentiels¹, qui lui donnent sens et objet.

32. Application à l'objet d'étude Cela signifie, en pratique, qu'avant d'émettre une opinion étayée sur le contrôle de proportionnalité, il faut cerner au mieux celui-ci. Force est de constater que, pour le juriste, praticien ou étudiant s'interrogeant pour la première fois, c'est-à-dire avec candeur sur le sujet, la question est ardue.

Si le contrôle de proportionnalité dont il est ici question présente assurément un caractère de nouveauté, les questions qu'il sous-tend sont des constantes de la pensée des juristes, occupant les réflexions sur la justice depuis les penseurs de l'antiquité grecque. Un certain travail de tri est nécessaire afin de rendre sa juste mesure au contrôle de proportionnalité, l'excitation de la réflexion sur le sujet pouvant nous conduire à surévaluer son importance ou à le confondre avec des objets existants.

De manière plus pratique, la réflexion sur le contrôle de proportionnalité est également rendue plus compliquée par sa désignation. En effet, tant les mots pris séparément que le syntagme sont porteurs de nombreux sens dans le système juridique français, du Conseil de l'Europe ou de systèmes juridiques étrangers. Le risque est ici de rattacher le contrôle de proportionnalité à un mécanisme à l'apparence ou au nom ressemblant, passant à côté des spécificités de l'outil nouveau. L'utilisation d'une dénomination plus précise paraît dès lors à même de faciliter le raisonnement.

La tâche d'intension du contrôle de proportionnalité, qui consiste à délimiter ses caractères, préalable nécessaire à la constitution d'une opinion argumentée à son sujet, ne sera pas achevée par un effort de discernement. Le flou pourrait demeurer même après avoir dégagé les caractères distinctifs du contrôle permettant de comprendre sa technicité et de ne pas le confondre avec d'autres objets. En effet, cette approche ne renseigne qu'imparfaitement, ou incomplètement sur l'utilité de la réalisation du contrôle. Sans encore s'interroger sur les effets de celui-ci, il est nécessaire d'explorer les raisons de son apparition et le lieu de cette apparition. Cette étape, nécessairement seconde, prendra appui sur les éléments distinctifs mis en avant pour tenter d'éclairer les raisons expliquant l'apparition du contrôle, ses justifications.

Là encore, les confusions possibles sont nombreuses, et seul le respect d'une méthodologie ne brûlant pas les étapes permet de les éviter. Ainsi, à la question de l'utilité du contrôle, différents discours peuvent apporter des réponses variées sans contradiction. En effet, ce questionnement est présent dans des discours d'objets divers, la réponse n'étant pas la même selon que le

¹ Trésor de la langue française informatisé, entrée « Notion ».

questionnement porte par exemple sur la protection des droits fondamentaux ou la défense de l'ordre juridique français. Sans prétendre qu'un discours soit plus légitime qu'un autre, il est nécessaire de distinguer les différentes paroles portant sur le contrôle de proportionnalité avant de questionner leur propos.

L'objectif poursuivi par ces différents raisonnements est de lever un peu du brouillard qui nimbe le contrôle de proportionnalité, le regarder au grand jour étant le meilleur moyen de se former une opinion à son sujet.

Pour tenter de progresser sur cette voie, il sera nécessaire de dégager la notion de contrôle de proportionnalité à travers ses caractères (**Titre I**), puis d'affiner cette notion en s'interrogeant sur l'utilité de la réalisation de ce contrôle par l'exploration de ses fonctions (**Titre II**).

Titre I : Caractères du contrôle

33. **Extraire l'essence du contrôle** Afin de tendre vers cet objectif de mieux saisir le contrôle de proportionnalité, il serait possible de tenter d'en élaborer une définition complète et autonome. Il s'agirait d'un ensemble de propositions, tel qu'il pourrait se trouver dans un dictionnaire juridique, permettant au lecteur de se faire une idée de ce qu'est le contrôle de proportionnalité. Cependant, débiter par une telle démarche n'est pas totalement à même de dissiper les confusions guettant ici le juriste. En effet, une définition autonome demeure trop tributaire du vocabulaire juridique, la polysémie des mots et des concepts risquant de faire confondre à l'auteur et au lecteur deux institutions proches, « *les notions juridiques [étant] beaucoup plus nombreuses que les mots pour les nommer* »¹.

Face à ce problème trivial dans la pensée sur le droit, la science juridique a développé une solution à l'efficacité éprouvée : recourir à des distinctions². Il apparaît en effet que la compréhension d'un concept est bien plus grande lorsque celui-ci est analysé dans son environnement, auprès des objets les plus proches et les plus ressemblants, l'effort de raisonnement se portant sur la mise en exergue des différences entre les objets proches afin de faire apparaître avec netteté les éléments distinctifs, l'essence de l'objet étudié.

C'est cette méthode qui permettra de parvenir à une meilleure compréhension du contrôle de proportionnalité. Pour ce faire, seront observés quelques caractères, traits saillants que présente ce type de contrôle. Constituant des éléments caractéristiques de celui-ci, ils permettront d'observer des objets proches du contrôle de proportionnalité pourtant dépourvus de ces caractères. Ces objets proches ressembleront au contrôle de proportionnalité quant à leur finalité ou dans leur réalisation, mais s'en éloigneront eu égard au critère spécifique étudié, permettant d'affirmer leur différence. La démarche de distinction fournira des renseignements à la fois sur ce qu'est le contrôle de proportionnalité, permettant de le situer parmi d'autres outils proches, et ce qu'il n'est pas, soulignant les différences entre ces outils, ce qui fournira, *in fine*, une définition bien plus complète et opérative de cet objet d'étude.

Il est édifiant, pour définir le contrôle de proportionnalité, de constater qu'il s'agit d'un outil de raisonnement concret (**Chapitre I**) au service de l'efficacité de la hiérarchie des normes (**Chapitre II**).

¹ Cornu (Gérard), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005 (3^e édition), n° 22.

² Mausen (Yves), « Scolastique juridique », in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Chapitre I : Un outil de raisonnement concret

34. **Caractère concret du contrôle** Affirmer que le contrôle de proportionnalité est un outil de raisonnement concret montre que cet objet d'étude intéresse directement la pratique juridique. Cet outil a vocation à rejoindre la *praxis* des avocats et magistrats, à être utilisé par eux dans des instances où sont parties des citoyens justiciables, au service, pour les premiers, de la défense des intérêts de leurs clients, pour tous de l'œuvre de Justice. Le contrôle de proportionnalité intéresse dès lors les discours savants sur le droit, qui peuvent produire à son sujet des réflexions générales sur la Justice ou les rapports entre les normes, mais constitue avant tout un outil pratique pour apprécier les situations de la vie quotidienne saisies par le droit. Il est nécessaire d'établir ce caractère pratique et concret du contrôle de proportionnalité bien avant de s'interroger sur son opportunité et d'apprécier ses effets, la portée de ces jugements de valeur étant dictée par le terrain où le contrôle produit ses effets.

D'abord, il faut noter que le caractère concret du contrôle de proportionnalité l'éloigne d'un autre outil, parfois désigné par le même syntagme, mais dont les raisonnements sont plus éthérés. En poursuivant sur cette voie, il apparaîtra ensuite que le caractère concret du contrôle de proportionnalité prend corps en une attention toute particulière aux faits de l'espèce, qui lui donne une place inédite au sein de l'écosystème du procès.

Le contrôle de proportionnalité se distingue de la mise en balance (**Section I**) par son raisonnement factuel (**Section II**).

Section I : La balance, représentation inadéquate de la proportionnalité

35. **Limites de l'image de la balance** De la comparaison du poids des âmes avec la plume de Maât au papier à en-tête des nouveaux tribunaux judiciaires en passant par l'archange Michel *ponderator* ou l'interprétation par Daniel des mots tracés devant Balthazar¹, la balance a toujours constitué un important élément de l'iconographie de la justice. C'est ainsi

¹ Ce passage du Livre de Daniel, dans l'Ancien Testament, raconte comment une main apparue miraculeusement devant le roi Balthazar vénérant des idoles lors d'un banquet trace des paroles que seul Daniel peut déchiffrer, traduire et interpréter, ces paroles étant la marque d'une psychostasie ou pesée des âmes. « *Voici l'inscription qui a été tracée : mené mené téqel ou-parsîn. Quant à l'interprétation la voici : mené, "compté" : Dieu a fait le compte de ton règne et il y a mis fin. Téqel, "pesé" : tu as été pesé dans la balance et trouvé léger. Perès, "divisé" : ton royaume a été divisé, et il a été donné aux mèdes et aux perses.* » (Daniel 5 ; 25-28). Selon les traducteurs et exégètes, ces paroles en araméen constitueraient un jeu de mot exprimant le fait que le roi néo-babylonien a été jugé sur ses actes pour décider de son sort. Ils pourraient signifier « *Compté, compté, pesé et divisé* » (traduction de Louis Segond), le terme divisé faisant référence au royaume conquis par les Mèdes et les Perses, ou encore « *il a été compté : une mine, un sicle et deux demi-sicles* » (la Bible du semeur), le sicle étant une unité monétaire antique.

qu'Aristote définissait le juste comme « *un milieu entre deux extrêmes qui, sans cela, ne seraient plus en proportion* »¹, le distinguant de l'absolu de la morale. Lorsqu'il s'agit de penser la proportionnalité et son contrôle, ces images prennent une consistance toute particulière, certains types de contrôle de proportionnalité s'inspirant plus directement de ce mécanisme de balance. C'est pour cela que « *l'assimilation de la règle de proportionnalité à la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts antagonistes est fréquemment opérée* »². Pour parler du contrôle de proportionnalité, l'allégorie de la balance est très largement convoquée (**Paragraphe I**), bien qu'elle présente pour le sujet ici évoqué un caractère trompeur (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Allégorie de la balance

36. **Association de la mise en balance et du contrôle** L'image de la balance, présente dans toutes les représentations de la justice, est devenue un lieu commun des discours sur le contrôle de proportionnalité, souvent présenté comme une mise en balance. Cette invocation n'est pas dénuée d'effets, l'idée de balance menant à des conséquences sur la conception de ce contrôle. L'allégorie de la balance se manifeste souvent dans les discours sur le contrôle de proportionnalité (**A**), à tel point qu'elle a des implications sur la manière de penser ce contrôle (**B**).

A : Manifestations de l'utilisation de l'allégorie de la balance

37. **Illustrations** C'est d'abord dans les écrits anglo-saxons sur le contrôle de proportionnalité que se manifeste l'allégorie de la balance (**1**), écrits qui ont largement inspiré les réflexions menées en France sur cet outil (**2**).

1 : Dans les écrits anglo-saxons

38. **Confusions** Les discours savants sur le droit tenus par les auteurs anglo-saxons, tout particulièrement nord-américains, regorgent de références à la proportionnalité. Cependant, un certain flou saisit le lecteur, qui constate une grande variété du champ lexical de la proportionnalité, de nombreux mots et expressions proches mais distincts existant. Ainsi, de

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

² Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p. 288.

nombreux écrits se réfèrent à la proportionnalité sans plus de précisions (*proportionality*)¹, semblant désigner un concept sans faire référence à sa manifestation pratique. D'autres parlent de contrôle de proportionnalité (*proportionality test*)², désignant un outil opératoire ou un processus de réflexion. Cependant, c'est très souvent le terme de mise en balance (*balancing*) qui se trouve employé pour parler de proportionnalité³.

Cette variété dans les appellations se double d'une variété des objets étudiés, ou du moins des terrains d'étude. En effet, les articles issus des revues anglo-saxonnes étudient la proportionnalité tant dans le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique que dans l'ordre juridique de certains états fédérés de ce pays, dans les corps de règles internationales ou parfois dans le système juridique de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. D'autre fois, la proportionnalité est envisagée plus vaguement, sans préciser un terrain d'étude défini. Monsieur Philippe nous met par exemple en garde sur l'utilisation de la notion en contentieux constitutionnel, relevant que « *la présence de la notion de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel comparé cache mal une réalité qui conduit souvent à des assimilations abusives, soit à des confusions dangereuses* »⁴. Au-delà de cette remarque qui semble transposable à l'étude de la notion en droit privé, il est difficile de tirer des informations précises de ces différents écrits, qui proposent des réflexions d'une grande hauteur sur la proportionnalité et la mise en balance, mais manquent souvent d'une certaine précision dans la délimitation de l'objet d'étude. Les définitions qui apparaissent dans ces différents travaux pourraient toutefois permettre de clarifier les choses, et de voir à quel point leurs conclusions peuvent éclairer les questionnements sur le contrôle de proportionnalité en droit français.

39. Définition insuffisamment opérante

À la lecture de quelques-uns de ces

travaux, force est de constater que, si l'idée sous-jacente à la proportionnalité s'éclaire quelque peu, le flou ne se dissipe pas tout à fait.

Les travaux de Monsieur Kennedy, connu pour son rôle dans l'émergence des *critical legal*

¹ Jackson (Vicki), « Constitutional Law in Age of Proportionality », *The Yale law journal*, Yale law journal company, Volume 124, n°8, juin 2015, p. 3094 ou Arai-Takahashi (Yutaka), « Proportionality » in Shelton (Dina), *the Oxford handbook of international Human rights law*, Oxford University Press, 2013.

² Sobek (Tomas) et Montag (Josef), « Proportionality Test » in Marciano (Alain) et Ramello (Giovanni Battista) *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, New York, 2018.

³ Barak (Aharon), « Proportionality and principled balancing », *Law and ethics of Human rights*, DeGruyter, 2010, n°4, p. 30 ou Mathews (Jud) et Stone Sweet (Alec), « Proportionality balancing and global constitutionalism », *Columbia journal of transnational law*, Columbia Journal of Transnational Law Association, 2008, n°47, p. 72.

⁴ Philippe (Xavier), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Les petites affiches*, Lextenso, 5 mars 2009, p. 6

studies, courant de pensée analysant le droit au regard des rapports de domination¹, s'intéressent à la question. Dans un article paru en 2011, il se livre à une analyse comparée et chronologique du concept de proportionnalité dans les cultures juridiques américaines et européennes². Cependant, cet article, s'il se livre à une intéressante généalogie de la proportionnalité, et propose des fondements philosophiques pour l'expliquer, ne traite pas frontalement la question de sa définition, pas plus qu'il ne distingue *balancing*, principe et contrôle de proportionnalité. Ainsi, Monsieur Kennedy voit dans le recours à la proportionnalité une manifestation du désenchantement vis-à-vis d'une maturité légale, faisant sans doute référence au positivisme juridique. Il rapproche le contrôle de proportionnalité de la notion d'abus de droit développée en France et en Italie en ce que ces deux mécanismes viseraient pareillement à rendre acceptable la rigueur de dispositions qui choquent lorsqu'elles sont appliquées à une situation concrète, mais non lorsqu'elles sont abstraitement analysées. Enfin, Monsieur Kennedy rapproche ces considérations de l'utilitarisme benthamien : la loi ayant pour fin de concourir à la maximisation du bonheur de la société³, il n'y a pas lieu d'appliquer une loi qui contrevient à cet objectif⁴. Ces éléments, pour éclairants qu'ils soient sur les implications philosophiques de la proportionnalité, ne fournissent que peu de renseignements sur ses modalités opératoires, restant muets sur la manière dont le juge doit réaliser cette mise en balance entre le respect de la loi, et la maximisation du bonheur de la société. De plus, tout juriste de droit continental s'empressera de rappeler que Bentham était un défenseur de la codification⁵, ne semblant pas charger le juge de cette conciliation entre les intérêts.

40. **Multiplicité de définitions** Une autre tentative d'envergure de définir abstraitement la proportionnalité a eu lieu lors d'un colloque tenu à l'université Western

¹ Sur les *Critical legal studies*, voir Michaut (Françoise), entrée « États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

² Kennedy (Duncan), « A transnational genealogy of proportionality in private law », in Brownsword (Roger) et al. *The foundations of European private law*, Hart publishing, 2011, p. 185 et s.

³ "The general object which all laws have, or ought to have, in common, is to augment the total happiness of the community" (Bentham (Jeremy), *An introduction to the principle of morals and legislation*, The Clarendon Press, Oxford, 1879.).

⁴ Cette réflexion, poussée jusque dans ses limites, revient à remettre en cause l'idée de droits et libertés fondamentaux, qui n'ont pas pour mesure la maximisation du bonheur de la société mais le respect de la liberté de l'individu. D'après Favoreux et al., Bentham était critique sur les droits fondamentaux (Favoreux (Louis), Duffy-Meunier (Aurélien) et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2021 (8^e édition), n° 21. Il semble cependant que Bentham ne poussait pas sa critique jusqu'à cette conclusion. Tusseau (Guillaume) « Jérémy Bentham et les droits de l'homme. Un réexamen », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Anthemis, 2002, p. 407 et s.

⁵ Sur Bentham et la codification, voir Mazari (Samir), *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, Thèse de droit, Université Paris-Est, 2019.

Ontario, dont les actes ont été publiés en 2014¹. Illustration de la complexité de la définition de la proportionnalité, les organisateurs ont fait intervenir pas moins de quatre personnes sur la question, chacune apportant une réponse nuancée. Cependant, ces différentes approches présentent comme point commun d'envisager le contrôle de proportionnalité comme supposant une mise en balance entre deux éléments. Dans ce sens, les organisateurs du colloque indiquent comme étape finale que le juge doit comparer les effets bénéfiques d'une limitation à un droit avec ses effets délétères afin de voir si les premiers contrebalancent les seconds². Un autre intervenant, quant à lui, distingue une proportionnalité *balancing* et une proportionnalité entre la fin et les moyens³, qui mettrait seulement en balance l'objectif poursuivi et les moyens pour parvenir au dit objectif⁴. Tout en rejoignant cette proportionnalité *balancing*, une autre prise de parole ajoute que l'étape finale du raisonnement serait pour le juge d'examiner la justification de la limitation du premier principe pour réaliser le second⁵. Enfin, d'autres intervenants offrent une définition négative de la proportionnalité. Ils rappellent par là que la mise en balance n'est pas un exercice mécanique, mais une simple métaphore visant à décrire le domaine d'analyse des droits et à prendre en compte l'importance relative des différents éléments considérés. Une telle métaphore ne dit rien sur ce que doivent être ces éléments, ou sur le poids à leur accorder⁶.

Ces multiples définitions, où l'unité fait défaut mais qui gravitent toutes autour de l'idée de mise en balance, ont percolé dans l'imaginaire des juristes français, influençant par leurs implications logiques leur conception du contrôle de proportionnalité.

2 : Dans les écrits français

41. **Influences** Ces définitions anglo-saxonnes appuyées sur l'idée de mise en balance, en ce qu'elles éclairent globalement la proportionnalité sans donner d'indications

¹ Huscroft (Grant), Miller (Bradley) et Webber (Grégoire), *Proportionality and the rule of law, Rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014, 421 p.

² Huscroft (Grant), Miller (Bradley) et Webber (Grégoire), « Introduction », in Huscroft (Grant), Miller (Bradley) et Webber (Grégoire) *Proportionality and the rule of law, Rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 1.

³ « *Proportionality between means and ends* ».

⁴ Luteràn (Martin), « The lost meaning of proportionality », in Huscroft (Grant), Miller (Bradley) et Webber (Grégoire) *Proportionality and the rule of law, Rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 21.

⁵ « 1. The degree to which there is a detriment, or non-satisfaction of, principle A;

2. The importance of satisfying a competing principle, B, which has led to the detriment or non-satisfaction of principle A; and

3. An examination of the justification for limiting principle A in order to justify the achievement of principle B. ».

⁶ « *Balancing is not a mechanical exercise: it is a metaphor we use to describe a residual category within rights analysis that registers the importance of the various concerns at stake. But the idea of balancing itself says nothing about what kind of things are relevant or what weight to assign to relevant concerns* »

précises sur son utilisation par les juridictions, semblent avoir influencé bon nombre d'auteurs français.

Par exemple, Madame Ballot¹, qui se montre très critique sur le contrôle de proportionnalité², se borne pourtant à indiquer que « *la proportionnalité se caractérise par la mise en œuvre de la balance des intérêts qui n'obéit à aucune méthode clairement définie renforçant ainsi l'incertitude des solutions jurisprudentielles* »³. Monsieur Rouvière indique que le contrôle de proportionnalité se trouve « *dans la balance du juge* »⁴. Madame Galbois-Legalle, enfin, cite comme deux équivalents « *le principe de proportionnalité et de mise en balance* »⁵.

Cependant, la perméabilité entre les concepts de proportionnalité et de *balancing* n'apparaît nulle part plus clairement que dans les réflexions de Monsieur Marzal : dès le titre de son article, la balance est utilisée pour désigner le contrôle de proportionnalité⁶. L'auteur propose une systématisation du contrôle de proportionnalité de la Cour de cassation, qui commencerait par un « *test de légitimité* », analysant la légitimité du but invoqué pour mettre en place l'atteinte à un droit garanti, avant de se poursuivre par un « *test d'adéquation* ». Dans cette étape, le juge porterait son attention sur le lien de causalité entre le but poursuivi et la mesure prise (échouerait à cette étape une mesure inadéquate à concourir à la réalisation du but légitime). Ensuite, un « *test de nécessité* » aurait lieu dans le but d'évaluer si une mesure moins attentatoire aurait été à même d'accomplir l'objectif poursuivi. Enfin, le « *test de mise en balance* » ou « *test de proportionnalité au sens strict* » serait effectué afin d'apprécier que le bénéfice obtenu ne soit pas disproportionné par rapport à la restriction infligée.

Monsieur Marzal détaille ensuite les conséquences, pour certaines problématiques, entraînées par cette définition. De fait, le recours à l'allégorie de la balance, voire sa banalisation dans l'imaginaire du juriste pour désigner le contrôle de proportionnalité, semble entraîner des conséquences directes sur la manière de concevoir et d'apprécier cet outil.

B : Implications de l'utilisation de l'allégorie de la balance

42. **Conséquence du recours à l'allégorie** Puisque, en réalité, « *la balance des intérêts n'est pas seulement une image* »⁷, l'utilisation de cette allégorie a des implications

¹ Ballot (Élodie), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare et Martin, 2014.

² Ballot (Élodie), ouvrage précité. Il serait « *omniprésent* » (p. 376) et « *préjudiciable* » (p. 396).

³ Ballot (Élodie), ouvrage précité, p. 373.

⁴ Rouvière (Frédéric), « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 524.

⁵ Galbois-Lehalle (Diane), « La liberté d'expression à l'épreuve de la lutte contre les contenus illicites en ligne », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2021, p. 319.

⁶ Marzal (Toni), « La Cour de cassation à l'âge de la balance », *Revue trimestrielle de Droit civil*, Dalloz, 2017, p. 789.

⁷ Ponthier (Jean-Marie), « La balance des intérêts », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2021, p. 1309.

concrètes sur la manière de concevoir le contrôle de proportionnalité. Utiliser une balance pose la question de la mesure (1), laquelle semble conduire à surévaluer l'importance du choix effectué par le juge lors du contrôle de proportionnalité (2).

1 : La question de la commensurabilité

43. **Que mettre dans les plateaux de la balance ?** L'adjectif commensurable, emprunté aux mathématiques, qualifie deux éléments pouvant être comparés au moyen d'une unité de mesure commune¹. Son antonyme, incommensurable, désigne deux éléments ne pouvant être comparés faute d'unité commune, deux éléments qui ne sont pas liés par un quelconque rapport et ne peuvent être appréciés l'un par rapport à l'autre. Dès lors que l'image de la balance est utilisée pour décrire le contrôle de proportionnalité, deux éléments de commune mesure doivent pouvoir être comparés dans le but de vérifier qu'ils sont à même d'équilibrer les plateaux. Cette problématique a été largement débattue concernant le contrôle de proportionnalité, soulignant que la commensurabilité entre deux éléments est un préalable à leur mise en balance².

Conçue comme une opération de mise en balance, la proportionnalité implique que les données utilisées puissent être appréciées, quantifiées, afin que le juge puisse se livrer à un calcul coût/bénéfice³. L'objet du contrôle de proportionnalité serait de réaliser une opération mathématique afin de voir si la soustraction du mal engendré par l'atteinte sur une liberté ou un droit au bien produit par celle-ci sur une autre liberté ou droit donne un résultat positif ou négatif. Un tel calcul suppose de mêler des éléments abstraits (l'appréciation de l'intérêt en question) et des éléments concrets (les effets de la mesure considérée sur la situation des parties). Ainsi, « *apprécier la proportionnalité, c'est accepter que le droit est toujours une question de degré* »⁴.

De même, présenter le contrôle de proportionnalité comme un système de vases communicants entre les intérêts en présence implique de pouvoir quantifier ces intérêts, et de pouvoir les

¹ Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2016, entrée « Commensurable ».

² Il est possible d'exprimer une idée similaire sans recourir directement au concept de commensurabilité, soulignant seulement que la proportionnalité implique la comparaison entre deux termes. Pour Madame Henette-Vauchez, « *la proportion, par définition, est un concept relevant du registre de la relativité : on est forcément proportionnel (ou disproportionné) vis-à-vis de quelque chose* ». Henette-Vauchez (Stéphanie), « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2009, p. 238.

³ Marzal (Toni), « La Cour de cassation à l'âge de la balance », *Revue trimestrielle de Droit civil*, Dalloz, 2017, p. 789.

⁴ *Ibidem*.

comparer¹. Or, certains intérêts seraient « *incommensurables* »², c'est-à-dire inaptes à être comparés. En effet, il n'est possible de choisir entre « *une maison belle et petite et une autre laide et grande* »³ qu'en faisant primer le critère de la beauté ou de la surface. Le contrôle de proportionnalité n'aurait donc pas de réponse unique à apporter à des questions telles que la balance entre liberté et sécurité, ou entre vie en entreprise et pratique religieuse.

La question de la commensurabilité a également été largement explorée par les auteurs de langue anglaise ayant étudié le contrôle de proportionnalité. Monsieur Urbina résume avec clarté la question en posant que « *la logique sous-jacente à la mise en balance et à la proportionnalité semble être que le sacrifice à un droit fondamental ou à un aspect de l'intérêt général puisse être compensé en contemplation de gains dans la réalisation d'un autre droit ou aspect de l'intérêt général. Le contrôle de proportionnalité est donc censé déterminer si le sacrifice est suffisant, s'il a pour rendement un gain net* »⁴.

Ces différents raisonnements convergent pour indiquer que, afin qu'un contrôle de proportionnalité soit possible, il est nécessaire que les éléments comparés soient commensurables, c'est-à-dire puissent être évalués selon une commune mesure. Dans le cas contraire, l'incommensurabilité rendrait le contrôle impossible ou vide de sens, mettant en balance des éléments ne pouvant être comparés.

44. Excès de la commensurabilité Il découle de ces développements sur la commensurabilité que le contrôle de proportionnalité ne doit pas être employé lorsque les deux éléments à mettre en balance ne peuvent être comparés car ils ne sont pas situés sur un même plan. Cependant, dans l'hypothèse où celui chargé de réaliser le contrôle ne conclurait pas à cette impossibilité technique, apparaîtrait le risque qu'un contrôle bancal soit forcé, provoquant des conséquences fâcheuses. Une telle extension excessive du contrôle de proportionnalité pourrait venir conforter une « *dérive individualiste de la société* »⁵ en considérant tous les arguments comme relatifs les uns par rapport aux autres. L'exemple de la peine de mort, qui pourrait, hypothétiquement, se révéler un moyen efficace de diminuer la criminalité, ou la torture qui serait utilisée sur un terroriste pour déjouer un attentat imminent, est cité. Dans ces

¹ Dubout (Édouard), « Le côté obscur de la proportionnalité », *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 183.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Urbina (Francisco), « Incommensurability and balancing », *Oxford journal of legal studies*, Oxford University Press, 2015, n° 3, p. 575. « *The underlying logic of balancing and proportionality seems to be that sacrifices to a human right or an aspect of the public good can be compensated by reference to gains in the realization of some other right or of the public good. Balancing tests are supposed to determine whether the sacrifice is 'enough', whether it yields 'a net gain'* ».

⁵ Dubout (Édouard), article précité.

deux hypothèses, ne raisonner qu'en contrôlant la proportionnalité reviendrait à évincer la valeur absolue du respect de la vie humaine ou de la dignité, dans un raisonnement exclusivement utilitariste négligeant les valeurs morales. Ainsi, la définition kantienne de la dignité qui consiste à toujours considérer autrui comme une fin et non comme un moyen¹ perdrait toute pertinence dans l'argumentation sur les droits fondamentaux à l'aune de la proportionnalité.

L'observation du contrôle de proportionnalité dont il est question dans cette étude permet cependant de contredire cette conclusion.

2 : La latitude du choix du juge

45. **Absence de scientificité de la balance** Ce concept mathématique de commensurabilité, appliqué au domaine du droit, qui n'a rien d'une science exacte car ses énoncés sont des arguments plus que des vérités², conduit à se faire une idée maximaliste de l'office du juge réalisant un contrôle de proportionnalité.

Là encore, cette idée apparaît comme une conséquence directe de l'utilisation de l'allégorie de la balance pour illustrer le contrôle de proportionnalité. Cette allégorie, en effet, place la réflexion dans le champ lexical des poids et mesure, sur le terrain d'une science exacte, invitant le juriste à raisonner à la manière de Laplace ou Lavoisier. Cette utilisation allégorique d'un terrain différent de celui du droit et de la justice peut être féconde, permettant de voir les questions sous un angle différent, mais peut aussi induire l'observateur en erreur, lorsque l'allégorie enferme la réflexion. Ce risque se matérialise concernant les effets du contrôle de proportionnalité quant au pouvoir du juge.

Certes, le constat que le juge dispose d'une certaine liberté ou marge de manœuvre dans la prise de sa décision est largement partagé, y compris lorsqu'il réalise un raisonnement répondant aux canons du syllogisme classique. Ainsi, Ross écrivait déjà en 1958 que « *le juge produit sa décision en partie en fonction d'une intuition émotionnelle et en partie sur le fondement de présupposés et considérations pratiques* »³, de même que pour Perelman, « *l'application du droit, le passage de la règle abstraite au cas concret, n'est pas un simple processus déductif* »⁴, conduisant certains auteurs à parler de création ascendante du droit⁵. Sans encore épuiser la

¹ Kant (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs*, traduction Renault (Alain) Flammarion, 1994, p. 108.

² Colonna d'Istria (François), « Le poids de la tradition dans l'argumentation juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2019, p. 727

³ Ross (Alf), *On law and Justice*, Stevens and Sons, London, 1958, p. 44.

⁴ Perelman (Chaïm), *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, p. 84.

⁵ Sur ce point, voir Brunet (Pierre), « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, PUF, 2004, n° 1, p. 197 et s., ou encore Fabre-Magnan (Muriel), *Introduction générale au droit*, PUF, 2017, n° 29.

question du pouvoir du juge réalisant un contrôle de proportionnalité, il faut constater que le recours à l'allégorie de la balance conduit à en augmenter la crainte de façon disproportionnée.

En effet, la balance présente la décision du juge recourant à un contrôle de proportionnalité comme une démarche scientifique de pesée. Cela évoque une démarche soluble dans la raison et reproductible, une pesée ne donnant pas des résultats différents selon les jours ou le contexte. Or, il est évident que le raisonnement juridique ne se fonde pas sur une telle scientificité. La constatation du caractère allégorique de ce qui expliquait le caractère contraint du raisonnement du juge mènerait à nier la contrainte qui l'enserme, à la prendre elle aussi pour une allégorie. De là, il n'y a qu'un pas à franchir pour conclure que le contrôle de proportionnalité laisse une latitude très large au juge pour choisir sa décision, du moment qu'il présente celle-ci avec une apparence de rigueur scientifique. La présentation d'un système trop contraint, lorsqu'il apparaît qu'il n'était fondé que sur une allégorie, conduirait à penser l'absence totale de contrainte.

Cependant, il apparaît que ces conclusions tirées de l'allégorie de la mise en balance sont hors de propos concernant le contrôle de proportionnalité ici étudié, qui n'est associé au *balancing* que par confusion.

Paragraphe II : Caractère trompeur de l'allégorie

46. **Nombreuses mises en balance distinctes du contrôle** L'allégorie de la balance est couramment utilisée pour penser le contrôle de proportionnalité, infiltrant l'idée que s'en font les juristes et influençant leur perception de cet outil. Cependant, pour utile que soit cette simplification il semble qu'elle ne rende pas compte de manière satisfaisante la complexité de la proportionnalité. Cette complexité trouve racine non seulement dans l'imprécision intrinsèque à la notion, mais aussi, de manière extrinsèque à la notion elle-même, dans la grande variété d'usage qui en est fait pour poursuivre des objectifs distincts, en faisant un « *grand classique du contentieux judiciaire* »¹. Pour dissiper les confusions entourant la notion de proportionnalité, il faut constater la multiplicité d'outils relevant du contrôle de proportionnalité et de la mise en balance dans le paysage judiciaire français (**A**), et distinguer ces outils du contrôle de proportionnalité ici envisagé, permettant de voir que la mise en balance ne lui fait pas justice (**B**).

¹ Chénéde (François), « Nullité du mariage entre alliés, Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 953.

A : Multiplicité d'utilisations

47. **Illustrations des utilisations** Le droit français connaît un grand nombre de principes de proportionnalités et de mises en balances, que ceux-ci soient d'origine législative (1) ou jurisprudentielle (2).

1 : Exemples législatifs

48. **Variété dans la proportionnalité** Rares sont les domaines du droit qui ne connaissent pas au moins un mécanisme utilisant le terme de proportionnalité¹, donnant lieu à l'existence de nombreux dispositifs distincts dont la définition utilise pourtant le même mot. Ces mécanismes d'origine légale² sont présents de longue date et jouent un rôle important dans plusieurs branches du droit, permettant la construction d'un discours sur la proportionnalité législative³. Pourtant, aborder la question du contrôle de proportionnalité suppose « *de se défaire de l'habitude prise de mêler sous l'étiquette du "contrôle de proportionnalité" des réalités parfaitement distinctes* »⁴. Il faut présenter quelques exemples de ces réalités distinctes pour constater que leur étude est hors de propos ici.

Le Code du travail connaît du principe de proportionnalité de la rémunération, qui garantit au salarié à temps partiel une rémunération proportionnelle, *ceteris paribus*, au salarié à temps complet⁵. Il connaît surtout d'un texte plus général⁶, indiquant que les restrictions que l'employeur peut apporter aux droits et libertés des salariés doivent être « *proportionnées au but recherché* »⁷. Le droit pénal, lui, infère de la Déclaration des droits de l'Homme et du

¹ Pour Monsieur Zenati-Castaing, il se « *propage dans le discours juridique et devient un véritable fétiche* » (Zenati-Castaing (Frédéric), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 511). Plus simplement, pour Monsieur Bonfils, « *le critère de proportionnalité n'est pas nouveau ; il figure dans de nombreux textes, et se trouve directement ou indirectement, à la base de nombreuses décisions des juges* ». Bonfils (Philippe), « Propos d'ouverture », in Agresti (Jean-Philippe) dir., *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 9.

² Monsieur Rouvière parle de proportionnalité comme « *catégorie du droit positif* » (Rouvière (Frédéric), *Argumentation juridique*, PUF, 2023, n°348).

³ Une allocution de Monsieur Gridel sur le thème du contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français a été prononcée à l'Université de la Réunion en 2009, se concentrant uniquement sur ces différents mécanismes légaux et l'office du juge judiciaire dans leur application. Il est impressionnant de mesurer les bouleversements vécus par la notion en une décennie en imaginant le contenu d'une intervention ayant le même titre aujourd'hui. Gridel (Jean-Pierre), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *Les petites affiches*, Lextenso, 5 mars 2009, p. 113. Une réflexion sur le contrôle de proportionnalité jurisprudentielle préexiste également à notre objet d'étude. Voir par exemple Molfessis (Nicolas), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *Petites affiches*, Lextenso, 1998, n°117, p. 21.

⁴ Chénéde (François), « Le droit civil, au naturel », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 506.

⁵ Code du travail, article L3123-5.

⁶ Sur lequel voir Dupré de Boulois (Xavier), *Droit des libertés fondamentales*, PUF, 2022 (3^e édition), n° 234, qui traite dans le même paragraphe du contrôle de proportionnalité effectué par le juge judiciaire, sous-entendant une parenté entre les deux sujets confinant à l'identité.

⁷ Code du travail, article L1121-1.

citoyen¹ le principe de proportionnalité des peines². Le Conseil constitutionnel se réserve ainsi la possibilité de censurer, en cas de disproportion manifeste, la peine sans commune mesure avec l'infraction qu'elle sanctionne³. Le droit des majeurs protégés impose quant à lui la proportionnalité de la mesure de protection selon « *le degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé* »⁴, imposant une adéquation entre la gravité de l'état de la personne protégée et le mécanisme de protection choisi parmi les différentes possibilités, résultant en une plus ou moins grande incapacité. Le droit des contrats, enfin, permet au juge de ne pas prononcer l'exécution forcée en nature dans l'hypothèse exceptionnelle⁵ où il existe « *une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* »⁶, donnant lieu à un « *contrôle de la disproportion* »⁷. Cependant, l'exemple le plus connu provient sans doute du droit des sûretés, la loi empêchant le créancier professionnel de se prévaloir du contrat de cautionnement lorsque la caution personne physique a conclu un engagement « *manifestement disproportionné* » par rapport à ses biens et son patrimoine⁸.

Dans leur grande variété, ces quelques exemples d'utilisation de la notion de proportionnalité ne sont pas trahis par le recours au lexique de la mise en balance, cherchant tous à préserver un certain équilibre, un rapport de proportionnalité, entre deux éléments. Il peut s'agir d'un rapport entre rémunération des salariés, entre peine et infraction, entre vulnérabilité et protection ou entre fortune de la caution et montant de l'obligation, tous ces éléments supposant la

¹ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 8.

² Sur lequel voir Chetard (Guillaume), *La proportionnalité de la répression, Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020.

³ Il en est ainsi, pour un exemple simple à comprendre, de l'interdiction pour cinq ans de pénétrer les emprises d'une infrastructure de transport sanctionnant les taxis-motos ne respectant pas l'interdiction de démarcher des clients aux abords des gares et aéroports en y stationnant leur véhicule (Conseil constitutionnel, 7 juin 2013, n°2013-318 QPC, Note Piazzon (Thomas), « Principe de la liberté d'entreprendre », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2013, n° 291, p. 21).

⁴ Code civil, article 428.

⁵ Sur ce point, voir Deshayes (Olivier), Genicon (Thomas) et Laithier (Yves-Marie), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 547 et s.

⁶ Code civil, article 1221. Le projet d'ordonnance publié le 25 février 2015 par la Chancellerie formulait les choses sans utiliser directement la notion de proportionnalité, indiquant que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* ». C'est l'ordonnance du 10 février 2016 qui modifie cette expression, l'article n'étant pas modifié sur ce point par la loi de ratification du 20 avril 2018. Le projet d'ordonnance mobilisait ailleurs la proportionnalité, dans un article 1102 au second alinéa plus développé que celui retenu *in fine*, précisant que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ».

⁷ Cormier (Maxime), *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 2022 à l'Université Paris Panthéon-Assas, n°48.

⁸ Auparavant sise dans le Code de la consommation (article L332-1), cette disposition, par l'effet de la réforme du droit des sûretés (Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés), a trouvé sa place dans le Code civil (Article 2300).

comparaison entre deux objets. Ils sont, en revanche, d'un rapport très distendu avec le contrôle de proportionnalité ici étudié, ne visant pas à permettre l'application des droits fondamentaux garantis. Monsieur Ponsot, à propos de la disproportion dans le contrat de cautionnement, s'amuse de ce constat, prévenant le lecteur que « *ce contrôle de proportionnalité va nous faire quitter les sommets enneigés de la CEDH ou du préambule de la Constitution. (...) Plus question de pesées subtiles entre des grands principes ; il suffit au juge de s'armer d'une calculatrice... et de beaucoup de courage !* »¹.

2 : Exemples jurisprudentiels

49. **Vie privée et liberté d'expression** C'est dans des cas traités par la jurisprudence que la figure de la mise en balance se rencontre dans sa forme la plus pure, se rapprochant du *balancing* étudié par de nombreux auteurs au sujet de différents systèmes juridiques. Ces situations sont également souvent qualifiées de contrôle de proportionnalité, illustrant la relative imprécision de l'expression.

Cela se rencontre par exemple lors d'un conflit entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée. Il en est ainsi d'une affaire dans laquelle des membres de la famille princière de Monaco se rendent à Gstaad pour assister à un baptême, profitant de leur présence sur place pour prendre quelque repos dans les Alpes suisses. Un journal publie des photos prises par un paparazzi sans le consentement de ses sujets illustrant à la fois le baptême et les vacances des Monégasques. Les têtes couronnées assignent l'éditeur du journal sur le fondement de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Le juge de première instance retient l'atteinte au droit au respect de la vie privée concernant la publication des photos de vacances, mais non pour celle du baptême, la place des protagonistes dans l'ordre de succession de la principauté justifiant que l'évènement soit relaté. Les demandeurs interjettent appel. La Cour d'appel souscrit à leur argumentation sur le caractère privé du baptême, nonobstant leur notoriété, en se fondant sur le caractère facultatif de la cérémonie religieuse².

L'éditeur forme un pourvoi en cassation, soutenant en substance que la défense du droit au respect de la vie privée de la famille de Monaco ici réalisée par la Cour d'appel aurait dû être mise en balance avec le droit à l'information. La Cour de cassation retient que les deux droits susvisés ont la même valeur normative et qu'il appartient au juge de ménager entre eux un

¹ Ponsot (Dominique), « Le contrôle de proportionnalité en matière de contrats : l'exemple du cautionnement », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 103 et s.

² Cour d'appel de Versailles, 3 novembre 2016, n° 14/06983.

équilibre, afin de faire prévaloir la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime¹. La Cour indique ensuite, aux dires de la Cour strasbourgeoise, quels doivent être les éléments de cette mise en balance. Il s'agit de « *la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies* », la définition de l'intérêt général dépendant des circonstances de chaque affaire. En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas concrètement effectué cette mise en balance, et doit par conséquent être censurée. Les commentateurs ont vu dans cet arrêt un contrôle de proportionnalité².

Cet arrêt n'est pas novateur ou exceptionnel, la Cour de cassation ayant déjà pu mettre en balance les mêmes droits, expliquant avec une grande clarté que « *attendu que le droit au respect de la vie privée, prévu par les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du Code civil, et le droit à la liberté d'expression, régi par l'article 10 de la Convention, ont la même valeur normative ; qu'il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »³. Dans cet arrêt, la Cour de cassation validait la pesée des intérêts effectuée par la Cour d'appel et concluant que la chaîne de télévision ayant diffusé un programme sur un fait divers criminel en proposant au téléspectateur de voter sur la culpabilité d'un accusé pourtant acquitté par une Cour d'assises avait porté atteinte à son droit au respect de la vie privée. Cette décision a été qualifiée de « *balance des intérêts* » dans un article critiquant l'absence de hiérarchisation des droits fondamentaux impliquée par ce type de mise en balance⁴.

50. Vie privée et preuve Une technique similaire est utilisée par le juge pour la confrontation d'autres droits fondamentaux, tels le droit au respect de la vie privée et le droit à

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 21 mars 2018, n° 16-28.741, Notes Dreyer (Emmanuel), *Recueil Dalloz*, 2019, p. 216 ; Fourment (François), « Le poids des mots de l'information d'intérêt général et le choc des photos d'un mariage et d'un baptême princiers sur le rocher », *Gazette du Palais*, 2018, n° 18, p. 42 ; Mazeaud (Denis), « Vie privée des personnes publiques : toujours moins ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 362.

² Par exemple Mazeaud (Denis), « Vie privée des personnes publiques : toujours moins ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 362 ou Dreyer (Emmanuel), « L'équilibre du droit et de la liberté, ou l'histoire du verre à moitié plein, à moitié vide », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2018, p. 380.

³ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 30 septembre 2015, n° 14-16.273, Note Varet (Vincent), « Balance des intérêts entre droits fondamentaux : fragments pour un discours de la méthode », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2016, p. 42.

⁴ Gautier (Pierre-Yves), « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2189.

la preuve¹. La Cour de cassation juge ainsi, au visa des articles 9 du Code civil, 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, et de l'article 9 du Code de procédure civile, que « *le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* »². Il s'agissait ici de confronter le droit au respect de la vie privée d'un assuré avec le droit de son assureur de produire contre ses affirmations des rapports de détectives privés mettant en doute l'étendue de son préjudice. Le principe de proportionnalité est convoqué pour expliquer cette mise en balance³. Les mêmes droits fondamentaux et le même attendu de principe sont également utilisés pour valider le licenciement pour faute grave d'un salarié ayant manqué à son obligation contractuelle de confidentialité en publiant sur un réseau social des photos d'une collection de vêtements présentée exclusivement aux commerciaux de la société⁴. Le nœud du problème était ici que le compte du réseau social n'était pas visible du public, mais seulement des « amis » du salarié, un collègue accepté à ce titre ayant fait connaître à son supérieur hiérarchique le manquement.

51. Véritable mise en balance

Dans ces différentes espèces, deux droits fondamentaux sont en friction⁵. En effet, une partie soutient qu'elle subit une atteinte à un droit fondamental, lorsque l'autre se défend en arguant qu'elle subirait une pareille atteinte s'il était

¹ Si le droit à la preuve n'est pas inscrit dans les textes proclamant des droits et libertés fondamentaux au même titre que le droit au respect de la vie privée, la Cour de cassation infère un tel droit de la garantie du procès équitable à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Sur ce sujet, voir Lardeux (Gwendoline), « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2012, p. 1596.

² Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 25 février 2016, n° 15-12.403, Note Aynès (Augustin), « Le droit à la preuve sous surveillance de la Cour de cassation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2016, n° 20, p. 1000 ; Hauser (Jean), « Droit de la preuve et atteintes à la vie privée », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 320 et Lardeux (Gwendoline), « Le coup d'arrêt porté au droit à la preuve par la Cour de cassation », *Les petites affiches*, Lextenso, 2016, n° 66, p. 16.

³ Beigner (Bernard) et Ben Hadj Yahia (Sonia), « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 490.

⁴ Cour de cassation, Chambre sociale, 30 septembre 2020, n° 19-12.058, Note Loiseau (Grégoire), *Légipresse*, Dalloz, 2021, p. 57 ; Vernac (Stéphane) et Ferkane (Ylias), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 2312 ou Golhen (Catherine), « Facebook : droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2383.

⁵ Ces exemples pourraient être multipliés. Lorsqu'une association animaliste s'introduit dans un élevage de lapins puis diffuse sur son site internet les images, la décision de la Cour d'appel condamnant l'association au motif qu'il avait été porté atteinte au droit de propriété de l'éleveur, sans procéder « à la mise en balance des intérêts en présence » doit être cassée. La Cour d'appel aurait donc dû mettre en regard la liberté d'expression de l'association et le droit de propriété de l'éleveur. Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 février 2023, n° 22-10.542.

La même configuration se retrouve régulièrement devant le Conseil constitutionnel. Il en est par exemple ainsi d'une question prioritaire de constitutionnalité (Conseil constitutionnel, 15 janvier 2021, n°2020-872 QPC) se prononçant sur la faculté ouverte au juge, pendant un confinement en raison de l'épidémie de Covid 19, de réaliser certaines comparutions par visioconférence, le juge constitutionnel devant prendre une décision mettant en balance le principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice et l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, dont Monsieur Verpeaux relève qu'il s'agit de « *normes contradictoires, mais toutes de même valeur* » (Verpeaux (Michel), « État d'urgence sanitaire et procédure pénale », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2021, p.810).

fait droit aux prétentions adverses. Le juge doit donc, pour peu que le conflit de droits fondamentaux soit avéré, choisir lequel des deux droits fondamentaux doit prévaloir. Ce choix serait aisé si une hiérarchisation interne aux droits fondamentaux existait, une sorte de « *pyramide de la fundamentalité* »¹. Cependant, l'existence d'un tel édifice, dont la légitimité, s'il provenait d'une découverte prétorienne, est contestée², semble faire défaut pour une majorité d'auteurs³, quoique certains en distinguent des signes⁴. Par conséquent, ce choix ne peut se faire qu'au cas par cas, la décision revenant en quelque sorte à neutraliser un droit fondamental pour en faire respecter un autre, « à *harmoniser des droits potentiellement opposés* »⁵. La question ici posée est celle du conflit entre deux droits fondamentaux⁶, parfois

¹ L'expression est utilisée par Madame Ballot, qui soutient l'impossibilité théorique et pratique d'un tel outil (Ballot (Élodie), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare et Martin, 2014, p. 334 et s.).

² Pour Madame Legendre, la théorisation d'une telle pyramide est bancal, et elle est « *politiquement contestable* », pointant que l'on voit mal pourquoi le juge dont la légitimité est déjà débattue lorsqu'il s'agit de réaliser un contrôle de proportionnalité serait légitime à élaborer une telle pyramide (Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p. 288)

³ Monsieur Gérard soutient l'impossibilité d'un tel classement, au motif que « *trouvant dans la nature humaine leur fondement commun, les droits ne peuvent apparaître que comme des droits équivalents, soustraits à toute idée de hiérarchie et de priorité* » (Gérard (Philippe), *L'esprit des lois, philosophie des droits de l'homme*, Presse de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2007, p. 203). De même pour Monsieur Mourgeon, « *sauf à recourir à des postulats où à des prémisses indémontrables, aucune démarche théologique, rationaliste, matérialiste ou autre, ne peut établir une hiérarchie des droits, qu'elle la fonde sur une essence présumée, sur une utilité prédéterminée, sur un bienfait préqualifié* » (Mourgeon (Jacques), *Les droits de l'homme*, PUF Que-sais-je ?, 2004, p. 9-10). Concernant la question connexe d'un classement des droits garantis par le bloc de constitutionnalité, Messieurs Rousseau, Gahdoun et Bonnet notent l'absence de « *hiérarchie des textes de référence* », malgré l'hétérogénéité de textes non exempts de contradictions, hétérogénéité qui marque également le niveau de précision des textes, deux éléments qui pourraient rendre une hiérarchie possible. Pour les auteurs, élaborer une hiérarchie qui placerait par exemple les principes issus de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 au-dessus de ceux provenant du préambule de la Constitution de 1946 ou de la Charte de l'environnement relèverait de la subjectivité et de l'opinion personnelle. Ils pointent d'ailleurs que les différents classements que certains auteurs proposent d'inférer de la jurisprudence du Conseil ne se recoupent que peu (Rousseau (Dominique), Gahdoun (Pierre-Yves) et Bonnet (Julien), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020 (12^e édition), n° 438 à 456).

⁴ Pour Monsieur Gautier, « *le droit subjectif reconnu par la Cité à une catégorie d'individus, pour préserver des prérogatives particulières, prime, sauf preuve contraire, les libertés publiques accordées par principe à une population entière* » (Gautier (Pierre-Yves), « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2189). Madame Ducoulombier va jusqu'à proposer une telle hiérarchie dans le cas précis de la Convention européenne des droits de l'Homme (Ducoulombier (Peggy), « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Potvin-Solis (Laurence), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 336).

Monsieur Afroukh adopte un point de vue nuancé, retenant que s'il « *est loisible de constater que si la jurisprudence européenne révèle, sur le plan des principes, l'existence d'une certaine hiérarchisation des droits, l'appréciation de ses effets appelle dans l'ensemble un constat plus nuancé* » (Afroukh (Mustapha), *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 523).

⁵ Rouvière (Frédéric), *Argumentation juridique*, PUF, 2023, n°348.

⁶ Monsieur Puig évoque également ce type de conflit « à *égalité de niveau hiérarchique* », qu'il n'est pas possible de résoudre, comme « *la concurrence entre des normes de niveaux hiérarchiques différents [qui] se résout (...) par la priorité donnée à celle située à l'étage le plus élevé* ». Puig (Pascal), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2001, p.749. Sur l'identification et le traitement de ces conflits de droits, voir également Rochfeld (Judith), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2022 (3^e édition), p. 257 et s.

désigné comme « l'antinomie »¹. Celle-ci « se caractérise par l'opposition irréductible de deux règles juridiques, prescrivant des solutions incompatibles »², conflits pour lesquels « la Convention européenne ne contient aucune norme matérielle qui établit de principe de solution »³.

La mise en balance semble être une très bonne illustration de cette problématique, où la question de la commensurabilité se pose avec acuité et où la latitude de décision du juge apparaît réelle. Monsieur Sudre note dans ce sens que « les critères classiques de résolution des conflits ne sont pas mobilisables (...) qu'il s'agisse du critère hiérarchique lui-même qui permet à la règle émanant d'une autorité supérieure de l'emporter sur celle qui procède d'une autorité inférieure, car le conflit de droits n'oppose pas une règle d'une autorité supérieure à une règle d'une autorité inférieure »⁴, faisant que le départage du conflit ne peut être, *in fine*, que « l'œuvre du juge »⁵. Il a par ailleurs été relevé que la Cour de cassation traitait de tels conflits « de droits entre lesquels la loi n'établit aucune hiérarchie »⁶ en utilisant la proportionnalité bien avant l'arrêt du 4 décembre 2013 ayant ouvert le développement du contrôle de proportionnalité ici étudié. L'objet spécifique de ce *balancing* semble cependant l'éloigner du contrôle de proportionnalité, en faisant un objet d'étude distinct.

52. Autres exemples de véritables mises en balance Les mêmes remarques semblent parfaitement transposables à la question de la « modulation continue des droits et libertés »⁷ que le Conseil constitutionnel utilise afin de statuer au cas par cas sur l'équilibre à adopter lorsque deux droits fondamentaux garantis par le bloc de constitutionnalité sont en concurrence. Dans tous ces exemples, la proportionnalité désigne un rapport d'équilibre entre plusieurs éléments, manifestant que « c'est précisément là le rôle de la proportionnalité que de mettre en relation »⁸.

Il en est de même de la proportionnalité procédurale, figure déjà présente dans des droits

¹ Sudre (Frédéric), « Introduction » in Sudre (Frédéric) (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2014, p. 15 et s.

² Sudre (Frédéric), *loc. cit.*

³ Sudre (Frédéric), *loc. cit.*

⁴ Sudre (Frédéric), *loc. cit.*

⁵ Sudre (Frédéric), *loc. cit.*

⁶ Marguénaud (Jean-Pierre), « L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, Anthemis, 2020/2, n°122, p. 139.

⁷ Rousseau (Dominique), Gahdoun (Pierre-Yves) et Bonnet (Julien), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020 (12^e édition), n° 451.

⁸ Le Gac-Pech (Sophie), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, p. 6.

étrangers¹ et internationaux qui pourrait apparaître dans le système français². Ce principe aurait été défini pour la première fois dans le système anglais, à l'occasion d'un rapport sur l'accès au juge. Celui-ci proposait que « *les juridictions traitent les affaires de manière proportionnée au montant en cause, à l'importance et à la complexité de l'affaire, ainsi qu'aux moyens financiers des parties* »³, permettant d'appliquer aux affaires aux enjeux les plus faibles un traitement plus rapide. Le concept a été codifié dans les Règles modèles européennes de procédure civile d'UNIDROIT, qui disposent que « *le juge s'assure que le processus de résolution du litige est proportionné à l'affaire en cause* »⁴. Sa simplicité lui permet d'inspirer les juges et législateurs, et fait de lui une clef de lecture de leur action, ou un principe structurant des propositions des auteurs⁵. Cette notion, qui vise à allouer les moyens appropriés à une instance selon son importance, semble bien éloignée de la proportionnalité qui nous intéresse ici. Il semble qu'elle pourrait aussi bien être désignée sous le vocable de subsidiarité procédurale, ou d'adéquation entre les moyens et les fins de la procédure.

Il est dès lors nécessaire de distinguer ces différentes figures du contrôle de proportionnalité.

B : Le contrôle de proportionnalité : une figure distincte de la mise en balance

53. **Absence de caractère identique des utilisations** De nombreux mécanismes pouvant être nommés contrôle de proportionnalité et utilisant de près ou de loin une mise en balance existent dans le paysage juridique français. Pour leur étude, le grand nombre d'écrits existant sur le *balancing* est dans une certaine mesure éclairant. Cependant, il apparaît que le

¹ Le Code de procédure civile du Québec le mentionne dès sa Disposition préliminaire (« [Le Code] vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre »), avant de l'appliquer tout au long du Code, y compris pour imposer des obligations aux parties (par exemple à l'article 18 : « *les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande* »).

² Le 13 janvier 2023, le Garde des sceaux, évoquant une réforme à venir du Code de procédure civile, déclare qu'y seront introduits « *le principe de coopération des acteurs du procès civil et celui de proportionnalité procédurale, qui découlent de notre droit actuel, mais qui ne sont pas encore inscrits noir sur blanc* ». Dupond-Moretti (Éric), *Déclaration sur la politique de l'amiable*, discours tenu le 13 janvier. Cependant, quoique le syntagme soit absent du Code de procédure civile, le concept pourrait d'ores et déjà s'y manifester. Par exemple, l'article 147 prescrivant au juge ordonnant des mesures d'instruction de « *limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux* », ou encore l'existence de circuits de jugement différenciés selon la complexité de l'affaire, aux articles 778 et s.

³ « *My proposals for proportionality for the system of civil justice overall are underpinned by Rule 1 of the new rules which requires the court to deal with cases in ways proportionate to the amount involved, the importance or complexity of the issues, and the parties' financial position. Proportionality underlies the whole concept of the fast track* », Lord Wolf (Harry), *Access to Justice - Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, HM's Stationery office, juillet 1996.

⁴ *Règles modèles européennes de procédure civile*, Projet ELI — Unidroit, septembre 2020, article 5.

⁵ Par exemple Amrani-Mekki (Soraya), « Des dossiers civils longs et complexes », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n° 23, p. 28.

contrôle de proportionnalité dont il est ici question diverge de cette grande famille du *balancing*, constituant plus un cousin qu'un frère jumeau des autres mécanismes évoqués. Avant d'entrevoir ce particularisme du contrôle de proportionnalité (2), il convient de mettre en exergue sa différence avec les autres figures étudiées, laquelle provient de l'absence de pluralité d'éléments à comparer (1).

1 : Pas de balance avec un seul plateau

54. **Une notion « malheureuse »** L'utilisation de la notion de pesée des intérêts à propos du contrôle de proportionnalité est « *un peu malheureuse, (...) il ne faut vraiment pas réduire la proportionnalité à cela* »¹. Cette expression paraît particulièrement bien décrire l'utilisation de l'image de la pesée des intérêts ou de la mise en balance s'agissant du contrôle de proportionnalité, qui crée un certain flou ne facilitant pas la distinction et la compréhension de ces outils. À propos de la mise en balance des intérêts concurrents, utile à la résolution des situations d'antinomie de droit, « *cette manière de résoudre le conflit a été complètement infiltrée par la question de la proportionnalité* »². La réciproque, concernant la mise en balance utilisée pour décrire la proportionnalité, est tout aussi à propos, tant la confusion s'opère entre les notions.

En effet, il serait abusif d'affirmer que le recours à l'image de la balance est radicalement inapproprié pour décrire le contrôle de proportionnalité. Si la balance, dans son utilisation classique qui a cours depuis des millénaires, vise seulement à indiquer que le juge devant trancher un litige doit apprécier des points de vue contradictoires, y compris lorsqu'il lui est demandé de procéder à un contrôle de proportionnalité, elle est parfaitement adaptée. Si son utilisation souligne que les deux parties qui s'opposent dans l'instance ont des points de vue contradictoires mais peuvent chacune être de bonne foi dans leurs demandes, il en est de même. Il en est toujours ainsi si la balance vise à rappeler que le juge doit être équilibré et juste dans son traitement du dossier, soumis à l'exigence d'impartialité. Le contrôle de proportionnalité, affirmation qui peut s'appliquer à la plupart des instances en justice, est en effet une opposition entre deux ensembles de prétention, entre deux points de vue, lesquels devraient être entendus et conciliés pour permettre de retrouver un équilibre. En cela, la mise en balance décrit la plupart des procès civils, y compris ceux où un contrôle de proportionnalité est pratiqué. C'est pour

¹ Jeuland (Emmanuel), Intervention orale lors de la conférence-débat du 24 novembre 2015 « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », reproduit dans *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016 p. 53.

² Martelly (Olivia), « L'indifférence progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droit », in Sudre (Frédéric) (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2014, p. 202 et s.

cela qu'elle constitue un attribut symbolique de la Justice depuis des temps immémoriaux. Cette confusion est entretenue, concernant la proportionnalité, par la présence de nombreuses notions connexes semblant toutes relever du « *même impératif énoncé par Jellinek : « on ne tire pas sur des moineaux avec un canon »*¹.

En revanche, aux côtés de cette image générale de la balance en justice, il existe une utilisation spécifique de celle-ci qui s'accorde beaucoup moins bien avec le contrôle de proportionnalité ici envisagé. Dans cette utilisation spécifique de l'image de la balance, la comparaison avec cet outil de pesée prend une acuité toute particulière, puisqu'il s'agit de comparer différents objets d'un poids équivalent lorsqu'il est nécessaire d'opérer un choix entre ceux-ci. C'est cette utilisation qui a été particulièrement étudiée à l'étranger sous le nom de *balancing*, et qui se rencontre en France et devant la juridiction du Conseil de l'Europe notamment lorsqu'il s'agit de résoudre un conflit entre deux droits fondamentaux², une antinomie « *entre normes de même rang* »³. Le problème est que ces mécanismes de *balancing* sont aussi nommés contrôles de proportionnalité. La mise en balance et le contrôle de proportionnalité forment deux ensembles distincts se recouvrant partiellement, le contrôle de proportionnalité envisagé dans cette étude se situant en dehors de cette zone de superposition.

55. Absence de superposition Cette absence de superposition entre la notion de contrôle de proportionnalité ici envisagée et celle de mise en balance se comprend en observant les termes de l'alternative posée par le contrôle de proportionnalité. Invariablement, le résultat du contrôle de proportionnalité est soit d'appliquer le texte de loi désigné comme applicable à la situation qui se présente dans le litige, soit de ne pas appliquer ce texte de loi pour faire prévaloir un droit fondamental qui serait en l'espèce violé si le texte de loi était appliqué. Par exemple, l'alternative existant dans l'arrêt avec lequel la Cour de cassation s'est emparée de ce mécanisme de contrôle⁴ était soit d'appliquer l'article 161 du Code civil prohibant le mariage

¹ Chagnollaud (Dominique), « Les techniques du contrôle », in Troper (Michel) et Chagnollaud (Dominique), (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, Tome 3, Suprématie de la Constitution*, Dalloz, 2012, p. 154. Monsieur Chagnollaud relève que la banque de données de la Commission de Venise, organe consultatif du Conseil de l'Europe œuvrant pour la démocratie par le droit, compilant des décisions de justice issues des cours des États partie à la Convention, présentent comme « *connexes voire apparemment synonymes* » les notions de « *mise en balance des intérêts, raisonabilité, équité* ».

² Comme dans les exemples indiqués *supra* aux n°49 et 50.

³ Sudre (Frédéric), « Introduction » in Sudre (Frédéric) (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2014, p. 15 et s.

⁴ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Notes Bahurel (Charles), « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Defrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140, Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 153, Hauser (Jean), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du Code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88, Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

entre alliés en ligne directe, soit de ne pas l'appliquer en considérant que le faire aurait porté en l'espèce une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Il ne s'agit pas ici d'un conflit entre deux principes de même valeur, d'une conciliation nécessaire entre deux droits fondamentaux, ou entre deux dispositions de valeur législative. À la différence des mises en balance *stricto sensu*, le visa de la décision de justice ne mentionne qu'un unique droit fondamental ou combinaison de droits fondamentaux, et non deux droits de même valeur s'opposant dans l'espèce traitée.

Pour formuler les choses autrement, les dispositions normatives invoquées dans le contrôle de proportionnalité sont un droit fondamental et un droit « non fondamental », disposition normative de valeur inférieure régissant une situation précise. Entre ces deux dispositions, il y a non seulement une différence de hiérarchie, mais une différence de précision, différences qui font défaut dans une mise en balance de type *balancing*. Les deux objets sont par conséquent différents tant dans leur présentation que dans leur nature, le conflit pouvant exister entre les deux n'est pas un conflit entre deux normes de même valeur, mais entre deux normes de valeur différente, conflit dont la résolution est, du moins en principe, bien moins problématique. Il ne serait pas inexact d'affirmer que, dans le contrôle de proportionnalité ici étudié, il y a toujours incommensurabilité entre les éléments à comparer, mais cela ne ferait que brouiller la démonstration.

2 : Conséquence : particularisme du contrôle de proportionnalité

56. **Faible pertinence des réflexions sur le *balancing*** Le contrôle de proportionnalité ici envisagé et le *balancing* traité plus haut se distinguent tant dans leurs fins que dans leurs moyens. De ce fait, les réflexions sur le second ne peuvent être utilisées pour éclairer l'objet de cette étude qu'avec méfiance. Cette nécessaire distance doit être d'autant plus grande vis-à-vis des écrits anglo-saxons, qui diffèrent non seulement du fait de leur objet, mais aussi de leur méthode. En effet, leurs auteurs, s'adressant à une audience qu'ils conçoivent comme plus large que pour leurs homologues continentaux, tentent d'inscrire leur raisonnement dans une hauteur de vue plus importante et semblent souvent répugner à s'appuyer sur une analyse détaillée de la jurisprudence de tel pays ou de telle Cour. De plus, il est courant pour les juristes américains ou britanniques d'avoir une formation et un domaine d'étude très large, touchant à la philosophie, à la sociologie, à l'économie ou à la psychologie lorsque leurs homologues continentaux développent des connaissances théoriques et techniques de pointe sur

un domaine restreint¹. En définitive, à prendre trop de hauteur, il est possible que le sujet observé devienne flou.

57. Non-pertinence de la commensurabilité envisagée avec le *balancing* Cette différence entre *balancing* et contrôle de proportionnalité implique que certains problèmes envisagés pour le premier ne se posent pas dans les mêmes termes pour le second, et que des problèmes spécifiques apparaissent avec le second qui étaient ignorés pour le premier. Pouvoir traiter ceux-ci implique de se débarrasser de ceux-là.

Ainsi, le problème de la commensurabilité, important lorsqu'il s'agit de mettre en balance deux droits fondamentaux distincts, semble hors de propos s'agissant du contrôle de proportionnalité. Cette question, en effet, n'est pertinente que lorsque deux objets de même valeur sont en concurrence. Les droits fondamentaux étant un ensemble conçu pour être homogène et cohérent, les différents droits garantis formant un système, la concurrence entre ces droits pose question dans la mise en balance. Cette question n'est pas pertinente en ces termes pour le contrôle de proportionnalité, où il ne s'agit pas d'un conflit entre deux droits fondamentaux.

58. Conséquence : absence de sacrifice d'un droit fondamental La conséquence de cette constatation est de changer l'office du juge, qui diffère entre la mise en balance et le contrôle de proportionnalité. Dans la première hypothèse, il lui faut *in fine* choisir entre deux droits fondamentaux concurrents celui qui doit prévaloir, c'est-à-dire s'appliquer au détriment de l'autre. Son choix revêt une grande importance et entraîne des conséquences vigoureuses, revenant à empêcher l'application d'un droit fondamental au profit d'un autre de valeur égale. S'agissant du contrôle de proportionnalité, ce choix est d'une importance beaucoup moins grande, puisqu'il consiste à décider si un texte de loi est en l'espèce compatible avec un droit fondamental. Par conséquent, le droit fondamental invoqué sera respecté que la disposition légale soit ou non évincée en l'espèce, puisque son absence d'éviction marquée par l'échec du contrôle de proportionnalité manifeste le fait que la disposition légale respecte le droit fondamental en question. Le contrôle de proportionnalité, s'il peut conduire à ne pas appliquer dans une espèce une disposition légale, ne sacrifie directement aucun droit fondamental.

Après cette définition négative du contrôle de proportionnalité, qui a permis d'exclure certaines réflexions hors de propos, il est possible de progresser dans la définition positive de celui-ci.

¹ Madame Champeil-Desplats décrit cette différence d'approche. Champeil-Desplats (Véronique), *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, n°230.

Section II : Le raisonnement factuel, élément distinctif du contrôle de proportionnalité

59. **Factualisme du contrôle** Le contrôle de proportionnalité n'est qu'un moyen de vérifier la conformité d'une norme de valeur inférieure à une norme de valeur supérieure dans une situation précise, une fois qu'elle est appliquée. Cet usage particulièrement poussé des faits de l'espèce semble distinguer le contrôle de proportionnalité d'autres outils de raisonnement juridique. Il semble que le meilleur moyen d'analyser cette spécificité soit de raisonner sur la manière dont le contrôle de proportionnalité interagit avec le syllogisme, forme canonique du raisonnement juridique. Le contrôle de proportionnalité, exploite les faits de l'espèce au-delà de la réalisation du syllogisme, qui en est un préalable nécessaire, (**Paragraphe I**), produisant des conséquences sur le procès (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Utilisation des faits au-delà du syllogisme

60. **Le syllogisme : un préalable au contrôle** L'utilisation élargie des faits que le contrôle de proportionnalité permet par rapport au syllogisme interroge sur la place de ce dernier. Est-il relégué au second plan de la résolution du litige ? Est-il totalement évincé par le nouvel outil de raisonnement ? L'inquiétude pointe à la formulation de ces questions car le syllogisme, malgré ses limites, constitue toujours la technique de réalisation du droit par excellence, sa « *méthode* »¹, permettant seul de subsumer le fait dans le droit. Ces inquiétudes disparaissent en constatant que le contrôle de proportionnalité, quel que soit son caractère disruptif, n'est pas pensable sans recourir d'abord au syllogisme. Le syllogisme demeure l'*alpha* de l'instance où est pratiqué un contrôle de proportionnalité, mais n'est plus son *omega*. Il n'y a donc pas de fin du syllogisme dans le procès (**A**), mais plus de fin du procès au syllogisme (**B**).

A : Persistance du syllogisme dans le procès

61. **Le syllogisme demeure en dépit des apparences** Affirmer que le syllogisme demeure dans l'instance où est pratiqué un contrôle de proportionnalité est à première vue difficile, le syllogisme disparaissant souvent dans la rédaction du jugement (**1**). Cependant, l'analyse du raisonnement conduit par le juge oblige à conclure son maintien comme fondation du contrôle de proportionnalité (**2**).

¹ Motulsky (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948.

62. **Syllogisme sans proportionnalité** Dans les systèmes de droit continentaux, le syllogisme est une forme de raisonnement juridique bien établie, classiquement utilisée par le juge pour parvenir à la solution du litige¹, ou du moins pour décrire sa démarche à cette fin. Le juge réalisant un syllogisme « *pose (...) une règle générale, cherche à savoir si le cas particulier qui lui est présenté correspond à la règle générale, et peut en déduire une conséquence juridique* »². Autrement dit, le syllogisme est l'outil de la qualification, opération permettant de subsumer le fait dans le droit, c'est-à-dire d'établir que telle situation factuelle rentre dans les prévisions de telle règle de droit, préalable nécessaire à l'application du régime juridique prévu. De plus, le syllogisme permettrait de réaliser la qualification en alliant l'art et la manière : « *la concision est le génie propre du syllogisme ; la longueur embarrasse la pensée, obscurcit le caractère didactique de la décision* »³. Cet outil de raisonnement manifeste d'une réelle élégance au sens mathématique du terme, décrivant une équation permettant de parvenir à un résultat avec un nombre réduit d'axiomes et d'opérations intermédiaires.

La définition du syllogisme semble relativement similaire entre les auteurs, ses différentes étapes ne paraissant pas faire débat. La définition de Motulsky est classiquement citée, celui-ci posant avec clarté que « *le syllogisme juridique se formule (...) comme suit : Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle — Or, le "cas particulier" est contenu dans cette présupposition — Donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas "particulier"* »⁴. La première étape où est énoncée la règle de droit est nommée majeure, la seconde où sont relatés les faits est la mineure, permettant d'aboutir à la conclusion⁵.

Cependant, ce caractère fondamental et ubiquitaire du syllogisme n'empêche pas, et provoque peut-être, les craintes sur son affaiblissement et sa disparition. Ces craintes, apparues bien avant les débats sur le contrôle de proportionnalité, sont prégnantes autour des notions-cadres ou notions molles. Ces outils, qui laissent au juge une large marge d'appréciation de la solution à adopter, comprennent par exemple l'intérêt supérieur de l'enfant qui sonnerait « *le glas du syllogisme* »⁶, tout en constituant désormais la « *pierre d'angle du droit de l'enfance* »⁷. C'est

¹ Il permettrait en effet de déduire « *une conclusion particulière à partir d'une norme générale et d'une proposition de fait* ». Gianformaggio (Letizia), entrée « Syllogisme juridique », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

² Jeuland (Emmanuel), entrée « Syllogisme judiciaire » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

³ Gautier (Pierre-Yves), « Éloge du syllogisme », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, p. 902.

⁴ Motulsky (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, p. 49.

⁵ Par exemple Guinchard (Serge) et al., *Lexique des termes juridiques 2019-2020*, Dalloz, 2019, entrée « Syllogisme judiciaire » ou Fabre-Magnan (Muriel), *Introduction générale au droit*, PUF, 2017, n°29.

⁶ Égéa (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, n°12.

⁷ Fulchiron (Hugues), « La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 709.

plus largement le cas de la balance des intérêts, cousine du contrôle de proportionnalité ici envisagé. Ainsi, dès 1993, dans un article au titre évocateur¹, Monsieur Van Compernelle soulignait que le syllogisme voyait sa prééminence remise en cause en contentieux familial sous l'effet de la montée de la balance des intérêts. L'auteur belge nuance toutefois le caractère disruptif de cette affirmation en rappelant que le syllogisme est un moyen de présentation du raisonnement plus qu'un mode de raisonnement.

Ces craintes, cependant, pourraient n'être rien face à l'apparition du contrôle de proportionnalité, à même de faire disparaître le syllogisme.

63. Proportionnalité sans syllogisme ? La nouveauté du contrôle de proportionnalité dans la boîte à outils du juge judiciaire peut laisser penser que cet outil remplace le syllogisme, prend sa place lorsqu'il est utilisé. Le contrôle de proportionnalité, en effet, fait un usage différent des faits, semblant leur donner une importance au-delà de la simple qualification permettant l'application du régime idoine. Le glas du syllogisme serait parfait par le développement de la proportionnalité, remettant en cause la place de ce mode de raisonnement comme brique élémentaire du procès civil. Il est par exemple relevé que le juge contrôlant la proportionnalité le fait en « *délaissant le syllogisme* »², et que « *les notions de majeure et de mineure [se] confondent* »³ dans le contrôle. De manière convergente, le risque est pointé que l'intégration des faits à la majeure que commanderait le contrôle de proportionnalité porte « *les germes d'une remise en cause du syllogisme* »⁴, entraînant le risque d'une dénaturation du syllogisme⁵. On a pu affirmer que lorsqu'il s'agit de réaliser un contrôle de proportionnalité, « *la présentation de l'arrêt sous forme d'un syllogisme ne tient plus* »⁶. Enfin, un auteur a pu déplorer que la « *pleine subjectivité du contrôle* » de proportionnalité soit

¹ Van Compernelle (Jacques), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires du Droit, Mélanges Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495 et s.

² Vigneau (Vincent), « Propos introductifs », In Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 11 et s.

³ *Ibidem*.

⁴ Jestaz (Philippe), Margénaud (Jean-Pierre) et Jamin (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 2061.

⁵ Pour les auteurs, le syllogisme ne serait pas évincé par le contrôle de proportionnalité, mais verrait son contenu changer. « *La prémisse majeure ne peut plus être la seule règle de droit et la mineure les faits qualifiés. Les faits ont désormais vocation à s'intégrer à la majeure* ». Un changement de la substance de la majeure est également pointé dans une récente thèse, qui indique que, lorsqu'est réalisé un contrôle, « *la majeure n'est certes plus la loi française, mais est une convention internationale contenant un droit international* » (Castanier (Kévin), *Le syllogisme judiciaire*, Mare & Martin, 2023, n°23), tout en retenant pourtant que « *le principe de proportionnalité, à la base du contrôle in concreto, et le syllogisme judiciaire sont par nature incompatibles* » (n°316).

⁶ Jamin (Christophe), « Cour de cassation : une question de motivation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n° 29, p. 818.

« destructrice de la rigueur syllogistique »¹, allant jusqu'à indiquer ailleurs que le contrôle de proportionnalité reviendrait à « ne plus appliquer la règle de droit appropriée à une situation litigieuse, pour trancher un litige au terme duquel une partie gagnera le cas et l'autre le perdra »², c'est-à-dire « abandonner ou refondre le syllogisme »³.

64. **Apparente disparition** Il est vrai que la lecture de décisions de justice réalisant un contrôle de proportionnalité peut faire douter qu'un syllogisme y soit réalisé. Pour illustrer cette constatation, l'exemple peut être pris d'un arrêt rendu par la Cour de cassation⁴. La demanderesse au pourvoi conteste la décision de la Cour d'appel ayant constaté la prescription de sa possibilité de faire établir sa filiation paternelle par possession d'état, qui serait contraire à son droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation rappelle les différents textes régissant la prescription de cette action (ils sont nombreux, des changements législatifs survenus dans ce domaine depuis la naissance de la demanderesse rendant nécessaire de détailler l'application de la loi dans le temps) et vise sans transition l'article 8 de la Convention. La Cour se livre immédiatement à un contrôle de conventionnalité *in abstracto*, puis à un contrôle de proportionnalité évoquant les faits de l'espèce pour vérifier que l'application des textes au cas d'espèce ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit des parties en présence. Nulle part n'apparaît le syllogisme permettant de dire que les textes de loi visés sont ceux correspondant à la situation factuelle de l'espèce. Cependant, dans un tel raisonnement, disparition du syllogisme et absence de celui-ci ne sont pas synonymes.

2 : Nécessaire présence du syllogisme

65. **Pas de loi applicable sans syllogisme** Ne pas s'émouvoir de la disparition du syllogisme est possible, celui-ci ne constituant qu'un moyen tendant vers la réalisation d'un but : le jugement. De fait, pour Monsieur Chénéde, « le procès récemment instruit à l'encontre du droit civil, qui verrait son mythique syllogisme mécanique renversé par la (re) découverte de la balance casuistique des intérêts, n'apparaît guère sérieux »⁵. Le contrôle de

¹ Gautier (Pierre-Yves), « Retour au Moyen-Âge : le droit moral dévasté par la balance des intérêts », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2019, p. 101.

² Gauthier (Pierre-Yves), « La « balance des intérêts » au secours de l'entrepreneur : pas de démolition de l'ouvrage mal construit, en application d'un contrat nul », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 140.

³ Gautier (Pierre-Yves), « Éloge du syllogisme », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, p. 902.

⁴ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 2 décembre 2020, n°19-20.279, Note Égéa (Vincent), « Le délai décennal de prescription résiste au contrôle de proportionnalité », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n°3, Comm. 37.

⁵ Chénéde (François), « Le droit civil, au naturel », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 506.

proportionnalité, en réalisant une appréciation casuistique des intérêts en présence, ne s'éloignerait pas de la « *logique dialectique imposée par l'objet même de la justice* »¹, faire ce qui est juste et bon². Pour l'auteur, qui ne promeut pas pour autant le contrôle de proportionnalité, considérer que le syllogisme serait à lui seul à même de parvenir à cet idéal serait « *céder à l'idéalisme du jusnaturalisme moderne ou à la fiction de la complétude de la loi* »³. Ainsi, le contrôle de proportionnalité, en ne mettant pas le syllogisme au premier plan, ne créerait pas en cela un danger pour l'accomplissement d'une bonne justice, puisqu'il concourrait à l'accomplissement de cet objectif sous-tendant le jugement au même titre que le syllogisme. Ce raisonnement justifie de façon convaincante l'invisibilisation du syllogisme dans le contrôle de proportionnalité, rappelant que la réalisation d'un syllogisme n'est pas une fin en soi, mais que la quête de la Justice l'est.

Cependant, le syllogisme n'est pas absent du contrôle de proportionnalité, et ne peut d'ailleurs conceptuellement pas l'être⁴. Pour s'en convaincre, la lecture de Kalinowski est éclairante. D'après le théoricien du droit, nonobstant les différentes formes que peut prendre le syllogisme, les différents habits qui peuvent altérer sa présentation, « *il s'agit en réalité du raisonnement effectué par quiconque veut obéir à une norme juridique* »⁵. Il serait bien sûr abusif de soutenir que le demandeur d'un contrôle de proportionnalité « veut obéir » à une norme juridique, mais il est tout à fait exact d'affirmer qu'il tente de l'utiliser à son profit. Pareillement, le juge chargé de la réalisation du contrôle de proportionnalité utilise cet outil nouveau pour apprécier les conséquences produites par l'application de la loi à la situation de fait du litige. La loi applicable, même lorsque ses conséquences sont critiquées, ne se cache jamais bien loin dans un contrôle de proportionnalité. Or, le raisonnement permettant de savoir quelle loi est applicable à une situation ne peut être que le syllogisme, qui ne peut dès lors être véritablement absent du contrôle de proportionnalité. Il n'est par conséquent pas possible d'aller « *directement*

¹ *Ibidem*.

² Digeste, Institutes d'Ulpian, I, 1, 1.

³ Chénéde (François), *loc. cit.*

⁴ C'est ce que soutient notamment Madame Mathieu, pour qui « *la structure du syllogisme n'est pas altérée par l'intervention, au sein de la chaîne du raisonnement opéré par la Cour de cassation, d'un concept flou tel que l'acceptabilité. Ce qui change, désormais, c'est que l'on superpose à une logique binaire (le raisonnement relatif à la légalité, en général) une logique floue (le raisonnement sur l'acceptabilité), qui n'est pas moins rigoureuse que l'autre* » (Mathieu (Marie-Laure), « Contrôle de proportionnalité : les apports de la logique », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n° 16, 2018, p. 66). *Contra*, une récente thèse retenant que l'analyse factuelle du contrôle de proportionnalité « *entraîne la perte du syllogisme judiciaire* » (Castanier (Kévin), *Le syllogisme judiciaire*, Mare & Martin, 2023, n°316).

⁵ Kalinowski Georges « Le Syllogisme d'application du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome IX, 1964, p. 273 et s.

à un contrôle de proportionnalité »¹ en brûlant l'étape du syllogisme, son apparente disparition n'étant qu'une éclipse.

66. **Pas de contrôle de proportionnalité sans loi applicable** Ce raisonnement peut être illustré en reprenant l'exemple du contrôle de proportionnalité de la prescription de l'action en établissement de la filiation par possession d'état². Dans cette affaire, le fait que la demanderesse sollicite un contrôle de proportionnalité des textes de loi imposant la prescription de son action implique nécessairement qu'elle reconnaisse ces textes applicables à sa situation avant que ses droits fondamentaux ne soient pris en compte. Quand bien même le contrôle de proportionnalité apparaîtrait dans ses demandes à titre subsidiaire, suivant des moyens soutenant que les conditions d'application des textes ne sont pas réunies, il serait inconcevable qu'il ne concède pas l'applicabilité du texte dont les effets sont critiqués. Le contrôle de proportionnalité, en effet, est dénué d'objet si la loi critiquée n'est pas applicable au litige, cette applicabilité ne pouvant que provenir de la réalisation d'un syllogisme, qu'il soit visible ou non. Critiquer les effets concrets que produit un texte de loi sur une situation sans reconnaître *ab initio* que ce texte est applicable à la situation ne serait rien d'autre qu'un gaspillage de l'encre avec laquelle les conclusions ou le mémoire sont écrits.

Ce nécessaire syllogisme semble présent dans le canevas du contrôle de proportionnalité élaboré par la Cour de cassation à destination de ses conseillers et des juges du fond³. Après avoir vérifié que le droit fondamental invoqué est bel et bien garanti par la Convention⁴ et applicable en l'espèce⁵, le mémento prescrit la vérification de « *l'ingérence dans l'exercice du droit* »⁶, directement suivie de la vérification de l'existence de la « *base légale de l'ingérence* »⁷. Il est demandé au juge de vérifier qu'un texte de loi⁸ occasionne une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental. Or, un texte de loi inapplicable ne peut pas occasionner une ingérence dans un droit fondamental, étant donné qu'un texte de loi inapplicable à une situation ne produit pas d'effets sur cette situation. Cette applicabilité n'a pu être établie, ou du moins justifiée,

¹ Gautier (Pierre-Yves), « Éloge du syllogisme », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, p. 902.

² Cité en paragraphe n°62 pour montrer que le syllogisme y est en apparence absent.

³ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018, ci-après le mémento.

⁴ Le mémento ne vise en effet que les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la méthode présentée étant toutefois applicable à tous les textes de valeur supra-normative.

⁵ Mémento, n°4.1.

⁶ Mémento, n°4.2.

⁷ Mémento, n°4.3.

⁸ L'expression « *base légale de l'ingérence* » doit toutefois être entendue plus largement, le mémento précisant qu'elle inclut une jurisprudence constante. Elle ne saurait toutefois exclure un texte de loi.

qu'au moyen d'un syllogisme, quelle que soit sa visibilité.

Il est cependant regrettable que cette vérification de l'applicabilité de la norme dont l'effet est contesté se déroule à cheval entre deux étapes dont l'objectif est autre, la première s'intéressant à la réalité d'une ingérence dans l'exercice du droit fondamental, la seconde à l'origine de cette ingérence.

Il apparaît, quoi qu'il en soit, que le contrôle de proportionnalité ne peut se dérouler sans vérifier que la loi dont les effets sont critiqués est applicable au litige, ce qui suppose, du moins dans l'esprit du juge, qu'un syllogisme soit réalisé. Le contrôle de proportionnalité ne remettrait par conséquent pas en cause les techniques établies d'application du droit aux situations de fait, intervenant seulement postérieurement à la mise en œuvre de ces techniques et utilisant leur résultat. Il est relevé que, en pratiquant le contrôle de proportionnalité, « *on ajoute un maillon au syllogisme juridique* »¹.

Ce constat est partagé par Madame Legendre à propos de l'influence de la proportionnalité sur les techniques de droit international privé, dans un raisonnement qui semble parfaitement généralisable aux techniques du droit civil et de la réflexion juridique. Pour elle, « *la proportionnalité ne peut pas remplacer les méthodes de droit international privé [car cette] technique de réalisation des droits fondamentaux n'est pas autonome [mais] dépend de l'application préalable des règles de droit international privé, [ayant] pour point de départ la solution obtenue par les procédés traditionnels de réglementation* »². Autrement dit, « *la proportionnalité n'apparaît pas comme une norme autonome en ce sens qu'elle serait apte à produire à elle seule, ex nihilo, la solution matérielle du litige pour la réalisation duquel elle intervient* »³.

67. Pour un syllogisme visible Si le syllogisme est nécessaire à la réalisation du contrôle de proportionnalité, il n'apparaît que de manière masquée, dilué entre différentes étapes. Sa logique simple et efficace n'apparaît plus au lecteur avec son scintillement de méthode polie par des siècles d'usage. D'aucuns pourraient se satisfaire de cette disparition, le

¹ Ghestin (Jacques), Barbier (Hugo) et Bergé (Jean-Sylvestre), *Traité de droit civil*, Tome I, *Introduction générale : Droit objectifs et droits subjectifs, Sources du droit*, 2018 (5^e édition), LGDJ, n° 681. Le traité précise : « *En somme, la mineure du syllogisme, c'est-à-dire l'application du droit au fait, aboutit non pas à la conclusion de ce syllogisme mais à la remise en cause de sa majeure qui peut être écartée* ».

² Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p. 181.

³ van Drooghenbroeck (Sébastien), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 727.

sylogisme présentant le risque, par sa logique affichée, de donner le sentiment que la loi suffit à régler tous les problèmes et à atteindre la Justice.

Le retour visible du syllogisme dans le contrôle de proportionnalité est pourtant souhaitable. En effet, le contrôle de proportionnalité est un mécanisme d'exception, qui n'a pas vocation à remplacer la loi mais à la suppléer lorsqu'elle produit une situation problématique. Le syllogisme ne constitue pas seulement une brique essentielle du contrôle de proportionnalité, il donne ou justifie encore bien souvent le résultat du litige où un contrôle de proportionnalité est pratiqué.

Ce retour du syllogisme semble aisément possible, le contrôle à proprement parler pouvant sans que cela n'occasionne de problèmes être précédé d'un syllogisme vérifiant l'applicabilité de la loi critiquée lors du contrôle de proportionnalité. Comme c'est déjà le cas dans la méthode actuelle, ce contrôle ne pourrait prospérer si le texte critiqué n'était pas applicable aux faits de l'espèce.

Cependant, même rendu à nouveau visible, le syllogisme ne marquerait pas la fin du procès, ce cheminement comportant, dans les cas étudiés, un contrôle de proportionnalité qui ne peut que lui être second.

B : Continuation du procès postérieurement au syllogisme

68. **Le syllogisme, étape préalable du contrôle** Le syllogisme, quoiqu'insuffisamment visible, est bel et bien présent dans l'instance où est réalisé un contrôle de proportionnalité. Pour autant, il serait peu sérieux de considérer que le contrôle de proportionnalité ne questionne pas la place du syllogisme en ce qu'il ne le fait pas totalement disparaître. En effet, le contrôle de proportionnalité constitue une étape postérieure au syllogisme (1) remettant en cause l'application de son résultat (2).

1 : Postériorité du contrôle au syllogisme

69. **Contestation du résultat du syllogisme par les parties** Dans une argumentation juridique ne sollicitant aucun contrôle de proportionnalité, et en l'absence de notions molles ou cadres, le syllogisme marque la fin de la démonstration. Selon que les parties sont en demande ou en défense, un ou plusieurs raisonnements syllogistiques seront produits pour soutenir que telle disposition légale doit ou non s'appliquer à la situation d'espèce. Le syllogisme sera ici l'unique terrain argumentatif, bornant le débat. En effet, un syllogisme permet de soutenir un nombre limité de propositions, permettant de dire que tel texte doit ou ne doit pas s'appliquer à telle situation.

Avec le contrôle de proportionnalité, ce raisonnement sur l'applicabilité du texte, qui se résume à une question de qualification, l'application du régime y afférant découlant de la conclusion du syllogisme, ne marque plus la fin du procès. En effet, postérieurement à cette réalisation du syllogisme, les demandeurs du contrôle de proportionnalité tentent d'en neutraliser la conclusion. Ils en reconnaissent la validité, mais utilisent un outil leur permettant de soutenir avec d'autres règles argumentatives que le résultat du syllogisme ne doit pas emporter les conséquences du procès.

70. **Analyse du résultat du syllogisme par le juge** Corrélativement, la démarche du juge doit commencer par le syllogisme pour se terminer par le contrôle de proportionnalité. En effet, faute pour le juge de réaliser un syllogisme permettant de déterminer le texte applicable à la situation de fait, il n'est pas possible de réaliser le contrôle de proportionnalité, qui n'a pour objet que de vérifier que le syllogisme ne produit pas, en désignant le régime applicable, un résultat contraire aux droits et libertés fondamentaux. La place du syllogisme est pour cette raison ambiguë quant au contrôle de proportionnalité, étant donné qu'il conserve une absolue préséance, mais peut se voir remis en cause.

2 : Remise en cause du résultat du syllogisme

71. **Implications de la postériorité** Ces remarques sur la postériorité du contrôle de proportionnalité sur le syllogisme seraient triviales si elles n'étaient pas porteuses de renseignements sur les tenants et les aboutissants de cet outil. Cette postériorité, en effet, n'est pas seulement spatiotemporelle. Elle a des implications directes sur le contrôle de proportionnalité.

Le contrôle de proportionnalité seconde le syllogisme, car il vise en quelque sorte à remettre en jeu son résultat. Plus précisément, là où le résultat du syllogisme détermine le régime juridique applicable à une situation factuelle, le contrôle de proportionnalité permet d'argumenter, dans une situation d'exception, que ce régime ne doit pas s'appliquer en dépit du résultat du syllogisme. Le contrôle de proportionnalité vise donc à produire une argumentation gravitant dans la sphère du syllogisme, non pour dire qu'il a été mal réalisé ou comporte une erreur, mais qu'il doit exceptionnellement être dépassé, laissé de côté.

72. **Insuffisance du syllogisme** Le contrôle de proportionnalité porte en lui le constat que le syllogisme ne suffit pas toujours pour poursuivre l'idéal de justice. Cette conception contrastée du syllogisme ne fait que masquer le fait que la loi ne permet pas toujours

de parvenir à une solution satisfaisante. En effet, la remise en cause du syllogisme ne serait qu'une question de méthodologie si ne se trouvait pas de manière sous-jacente une réflexion sur la justesse des solutions posées par la loi. Un tel raisonnement, cependant, ne remet pas en cause le syllogisme de manière générale comme méthode à même de parvenir à une solution dans la grande majorité des cas, ni ne lui offre une alternative.

Le constat des limites de la loi dans la quête de la justice était déjà formulé par Motulsky, dont la thèse a été écrite alors que le légicentrisme avait entamé sa remise en cause. Dans le contexte de l'époque, trouver une entière satisfaction dans la réalisation d'un syllogisme appliquant la règle de droit sans remise en question avait une portée plus politique que de nos jours. L'auteur affirme qu'il « *est évident que la déduction syllogistique ne peut suffire, ni pour élaborer le Droit, ni pour déterminer le contenu de ses règles, ni, enfin, pour fournir, toute faite, la solution des conflits* », l'interprète devant « *sans cesse se reporter aux sources vives d'où est sorti le Droit, et avoir égard à son but et à sa fonction* » afin « *de vérifier la valeur des solutions qui se présentent à lui* »¹. Il serait cependant tout à fait erroné de citer Motulsky comme un promoteur du contrôle de proportionnalité, notion méconnue en France à son époque. En effet, l'auteur semble distinguer les relatives lacunes du syllogisme sur le plan de la Justice de son caractère méthodologiquement indépassable pour la réalisation du droit. Sur ce terrain pratique, l'auteur affirme que la méthode syllogistique « *ne peut qu'être (...) rigoureuse, inéluctable ; rien ne justifie, dès lors, de l'évincer afin de la remplacer ou de la "tempérer" par "l'examen d'utilité pratique" ou le "classement des intérêts", euphémismes qui cachent mal l'abdication de la pensée proprement juridique* »². L'objet du contrôle de proportionnalité est cependant bien d'apporter un tempérament au résultat produit par le syllogisme.

73. Diffusion des faits Le moyen utilisé par le contrôle de proportionnalité pour parvenir à cette fin consiste à utiliser les faits de l'espèce, dont certains ont été invoqués lors de la mineure du syllogisme, et de les faire passer au prisme des droits et libertés fondamentaux pour apprécier avec un regard différent le résultat du syllogisme. Les faits font partie de l'outil, lorsque la conclusion du syllogisme est scrutée comme objet d'étude du contrôle de proportionnalité. Ce dernier participe d'une sorte de boucle, les faits, normalement cantonnés à la mineure du syllogisme, étant à nouveau convoqués après la conclusion du raisonnement classique. Là où le syllogisme présente la rigueur rassurante d'une valse à trois temps telle qu'on les dansait à Vienne, l'ajout du contrôle de proportionnalité fait ressembler le procès à la

¹ Motulsky (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, p. 48.

² Motulsky (Henri), *Ibidem*.

valse à mille temps que chantait Jacques Brel, sans pour autant que la valse à trois temps n'appartienne au monde d'hier. Dit autrement, ce déplacement et cette extension des faits procéderaient à « *l'intégration des faits dans la majeure* »¹. Cette utilisation nouvelle des faits dans le but d'apprécier le résultat du syllogisme renouvelle en profondeur l'équilibre précautionneusement établi au sein du procès entre le monde du droit et celui du fait, brouillant les frontières.

Paragraphe II : Conséquences sur le procès

74. **Ouverture de l'argumentation** Cette constatation que le contrôle de proportionnalité permet un dépassement du syllogisme est porteuse d'enseignements sur la manière dont le contrôle affecte le raisonnement juridique. Il convient d'en décliner les conséquences sur le procès afin d'analyser quelles sont ses implications pratiques. Elle affecte les faits pouvant être pertinemment invoqués (**A**), de même qu'elle modifie l'office du juge et des autres professionnels intervenant durant l'instance (**B**).

A : Absence de numerus clausus des faits pertinents

75. **Éléments factuels invocables dans le raisonnement** Le fonctionnement du syllogisme implique qu'un nombre limité de faits puisse y être invoqué utilement (**1**), limite qui ne se retrouve pas s'agissant du contrôle de proportionnalité (**2**).

1 : Limite des faits invoqués dans le cadre du syllogisme

76. **Faits répondant à la majeure** Lorsqu'un raisonnement vise à soutenir qu'un texte de loi doit ou non s'appliquer, les faits à même d'être invoqués dans la mineure découlent directement des prévisions de la majeure du raisonnement. Cette majeure, en effet, est « *l'affirmation d'une règle* »², c'est-à-dire qu'elle expose un régime juridique et les éléments de faits devant se rencontrer pour que ce régime soit applicable. Ces faits pertinents sont en quelque sorte les conditions qui, lorsqu'elles se rencontrent, déclenchent l'application du régime afférant. Il peut dès lors s'agir de conditions alternatives, lorsque différentes situations de fait sont à même de déclencher l'application du régime, cumulatives lorsque plusieurs faits doivent se rencontrer en même temps, ou de conditions simple, lorsqu'un seul élément est requis. En tout état de cause, seules les prévisions du texte peuvent déclencher son application.

¹ Jestaz (Philippe), Marguénaud (Jean-Pierre) et Jamin (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061.

² Fabre-Magnan (Muriel), *Introduction générale au droit*, PUF, 2017, n°29.

Par conséquent, afin de produire une argumentation cohérente, les faits invoqués dans la mineure doivent répondre aux conditions présentées dans la majeure. Ils doivent tendre à démontrer que les conditions se rencontrent ou ne se rencontrent pas, et par conséquent que le régime est applicable, ou ne l'est pas. Une sélection des faits pertinents s'opère afin que ceux-ci soient utiles à la démonstration syllogistique, des faits sans rapport avec les conditions d'application du régime défini étant superflus.

Par exemple, dans un litige où il est question d'un mariage entre deux alliés en ligne directe, un syllogisme sera effectué et conclura que le mariage est prohibé pour peu qu'un lien en ligne directe existe entre les personnes considérées, peu important qu'il soit par le sang ou par l'alliance¹. Si cette condition se rencontre, le syllogisme conclura à la prohibition du mariage. Dans l'hypothèse où le lien est par alliance, un autre syllogisme vérifiera que le Président de la République n'a pas levé la prohibition pour cause grave². De même, si le mariage a eu lieu, il sera vérifié avant de prononcer son annulation que le délai de prescription de l'action en annulation n'est pas écoulé³. Quel que soit le nombre de textes à combiner pour parvenir à une solution, le réseau de syllogismes élaboré ne peut voir sa conclusion déterminée que par un nombre limité de faits (ici, des liens de parenté, l'existence d'une dispense et l'écoulement du temps). Le raisonnement présente une certaine rigueur et prévisibilité, son résultat ne pouvant être affecté que par un nombre défini d'éléments.

Ce *numerus clausus* saute lorsqu'est sollicité un contrôle de proportionnalité, cet outil permettant de faire rentrer des faits nouveaux dans le débat.

2 : Multiplicité des faits du contrôle de proportionnalité

77. **Faits dialoguant avec la majeure** Lors d'un contrôle de proportionnalité, l'objectif n'est plus de déterminer le résultat d'un syllogisme déjà réalisé, mais d'apprécier si celui-ci produit en l'espèce un résultat conforme aux droits et libertés fondamentaux. S'en tenir aux éléments factuels prévus par le syllogisme à même d'établir que le régime prévu doit ou non s'appliquer ne suffit plus. Si ces éléments factuels peuvent bien sûr être mobilisés, ils ne seront pas les plus à même de convaincre que la situation factuelle particulière justifie que la loi désignée par le syllogisme ne soit pas appliquée en l'espèce. Ce pouvoir de conviction proviendra plus certainement de faits connexes, dans le contexte de la situation déclenchant l'application du régime défini par la loi, mais non prévus ou englobés par les dispositions

¹ Code civil, article 161.

² Code civil, article 164.

³ Code civil, article 184.

législatives. Si la logique commande que ces faits ne soient pas totalement sans rapport avec le texte en question, il apparaît qu'ils ne sont plus véritablement limités par les prévisions du texte de loi appliqué lors de l'étape précédant le contrôle de proportionnalité, le syllogisme. Le statut particulier du fait dans le contrôle de proportionnalité par rapport au syllogisme apparaît dans cette proposition. Elle implique qu'une variété beaucoup plus grande de faits peut être utilement invoquée dans le contrôle de proportionnalité. Autrement dit, ces faits doivent toujours être pertinents quant au litige envisagé, mais ne sont plus limitativement énumérés par le texte de loi.

78. Exemple de l'augmentation du périmètre des faits invocables

L'exemple

du mariage incestueux peut être poursuivi, sans toutefois citer l'arrêt ayant permis à la Cour de cassation d'inaugurer le contrôle de proportionnalité¹, étant donné que la demanderesse n'y sollicitait pas un contrôle de proportionnalité, soulevé d'office par la Cour de cassation, mais voyait dans l'arrêt d'appel une atteinte à la substance de son droit au mariage². Peut à la place être cité un arrêt où les mêmes dispositions du Code civil relatives aux mariages incestueux sont critiquées au moyen d'un contrôle de proportionnalité, sans toutefois que la Cour de cassation ne conclue à une disproportion, validant l'application des dispositions législatives³. Dans son moyen, la demanderesse soutenait la disproportion de l'annulation du mariage contracté avec son beau-père, époux de sa mère, en invoquant le fait que l'union contestée avait duré huit ans après sa célébration sans opposition, et celui que l'union n'était pas incestueuse, ce qui constitue d'après elle la *ratio legis* de la prohibition d'une telle union. La Cour de cassation, pour rejeter cette demande, retient d'abord, au visa de l'article 12 de la Convention que le droit de la demanderesse de se marier n'a pas été atteint, celle-ci ayant pu contracter mariage et vivre maritalement jusqu'au décès de son beau-père⁴. Au visa de l'article 8, la Cour

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Notes Bahurel (Charles), « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Defrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140, Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 153, Hauser (Jean), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88, Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

² Garanti par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

³ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, Notes Douchy-Oudot (Méline), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 470 ; Lemouland (Jean-Jacques), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1082 ; Hauser (Jean), « Nullité de mariage : la proportionnalité proportionnelle et l'opposabilité aux tiers », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 102.

⁴ On ne se risquera pas à expliquer le caractère rationnel de cette affirmation selon laquelle la prétendue atteinte au droit de se marier ne serait pas caractérisée car le mariage a duré un certain temps, ce qui semble plutôt augmenter les conséquences de son anéantissement rétroactif (potentielle application d'un mécanisme de putativité mise à part). Prise *a contrario*, elle impliquerait qu'il y ait atteinte au droit conventionnellement garanti de se

note que la demanderesse avait neuf ans lorsque le défunt est devenu son beau-père, 25 lorsqu'il a divorcé de sa mère, et seulement deux de plus lors de son mariage, ayant donc vécu durant 9 années de sa minorité avec son futur époux, « *qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique* », et qu'aucun enfant n'est né de l'union prohibée.

Dans son argumentation, la demanderesse a présenté des faits connexes à ceux du syllogisme d'application du texte contesté. Là où celle-ci est déclenchée par l'existence d'un mariage incestueux, est invoqué le contexte de sa célébration, sa durée et la situation juridique de l'enfant qui aurait pu en naître pour soutenir qu'il devrait être valide en dépit du résultat du syllogisme. De la même manière, le juge bâtit son raisonnement en inférant des dates de l'union contestée et de celle à l'origine de son caractère incestueux ainsi que de l'âge de la demanderesse des conséquences sur sa psychologie pour valider l'annulation. Aucun de ces éléments n'est de nature à modifier le résultat d'un syllogisme, mais ils ont ensemble emporté la conclusion du contrôle de proportionnalité.

Le choix de ces faits ne se fait cependant pas au hasard, étant notamment guidé par le droit fondamental invoqué. Ici, une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale étant invoquée, les faits construisant le contrôle de proportionnalité illustrent cette vie privée et familiale.

79. Lien distendu entre le fait et la solution Ces affirmations permettent également de voir que, corrélativement à l'accroissement du nombre de faits pouvant être invoqués lors d'un contrôle de proportionnalité comparativement à un syllogisme, leur pouvoir à emporter la décision décroît. En effet, dans un syllogisme, chaque fait pertinent détermine la conclusion, et chaque fait ne déterminant pas la conclusion est hors de propos. L'invoque d'un fait vise à remplir une condition d'application du texte dont il est question, condition qui ferait défaut si le fait n'était pas invoqué. Dans le contrôle de proportionnalité, chaque fait invoqué vise à construire une couche d'un millefeuille argumentatif où un élément n'est pas nécessairement déterminant, la somme d'éléments qui, pris individuellement, ne modifieraient pas l'issue du litige pouvant emporter la décision. Le fait se banalise dans le contrôle de proportionnalité, occupant plus d'espace mais ayant moins de force.

marier lorsque quelqu'un est empêché de contracter un mariage en raison d'une cause de nullité. La seule explication semble être que la Cour considère un « *mariage sociologique de fait* » voulant que « *le droit de se marier (...) se borne donc au droit de convoler, indépendamment des conséquences qui s'y attachent* » (Hauser (Jean), « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 7, p. 297.

B : Rôle des professionnels du droit et importance des faits

80. **Rôle plus exigeant** La place renouvelée du fait dans l'instance affecte le rôle des acteurs du procès, qu'il s'agisse de l'avocat (1) ou du juge (2).

I : Renforcement du rôle argumentatif de l'avocat

81. **Sélection et traduction** Que le recours à la représentation par un avocat soit ou non obligatoire, celui-ci joue un rôle considérable dans la construction de l'argumentation des parties au litige. En effet, qu'elles en aient ou non la conscience, les parties ne connaissent ni le fond du droit qui s'applique à leur situation ni la manière de l'appliquer. Souhaitant formuler une prétention, ou ressentant une injustice, elles se rendent auprès de l'avocat pour leur livrer un discours composé d'aspirations, de sentiments, et d'éléments factuels. Elles raconteront leur histoire de vie, parfois avec une grande richesse de détails, sans savoir trier ce qui est pertinent ou non.

L'art de l'avocat consiste à traduire en droit les besoins et attentes des parties, c'est-à-dire à exprimer dans un discours juridique des prétentions que le droit positif peut reconnaître comme fondées. Le rôle de l'avocat est, autrement dit, celui de « *porter le désir, les intérêts et les volontés de son client en les encodant par l'utilisation du droit et de la procédure dans le système symbolique qui est constituée par l'institution judiciaire* »¹. S'il doit faire parler son client dans un climat de confiance afin de comprendre sa situation dans sa globalité et de pouvoir lui apporter une réponse complète, une fois les moyens de droit à employer sélectionnés, son attitude quant au fait est largement guidée par les textes de loi dont il soutiendra l'application. En effet, l'argumentation de l'avocat devant le juge, hors les contentieux où est présent un standard ou une notion molle, consistera dans son plus simple appareil à un syllogisme visant à convaincre le juge que les conditions d'application de tel texte se rencontrent, et que le régime y afférant doit s'appliquer, les conclusions de l'avocat ne différant qu'à la marge du jugement qu'il voudrait voir rendu par le juge.

L'avocat doit sélectionner les faits pertinents pour mener le syllogisme, et est guidé dans cette sélection par le texte de loi à appliquer, laissant de côté les faits connexes qui peuvent revêtir une grande importance pour le client mais ne s'inscrivent pas dans le cadre argumentatif choisi.

82. **Réaction à la banalisation** La banalisation des faits dans le contrôle de proportionnalité, augmentant leur présence tout en réduisant leur puissance, affecte le rôle de

¹ Soulez-Larivière (Daniel), entrée « Avocat » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

l'avocat. Ce nécessaire changement dans la rédaction des « *assignments, conclusions et plaidoiries* »¹ va avec l'évolution du raisonnement du juge, puisque le « *point commun de tous les juristes, quel que soit leur métier, est une méthode de raisonnement qu'ils partagent sur les situations juridiques, tout spécialement dans le cadre des procès* »². Ainsi, si l'avocat doit toujours sélectionner avec rigueur les faits nécessaires à la réalisation du syllogisme, il doit désormais bâtir une argumentation factuelle à même de convaincre que le résultat du syllogisme ne doit pas s'appliquer en l'espèce pour le contrôle de proportionnalité. Cette argumentation de la proportionnalité se fondant sur l'utilisation de faits non directement pertinents pour le syllogisme, mais indiquant qu'un droit fondamental serait violé si son résultat était appliqué, le rôle de l'avocat prend une nouvelle dimension quant aux faits de l'espèce. D'une stricte sélection pour construire le syllogisme, il lui faut passer à une écoute imaginative de son client³. En effet, l'avocat doit, à partir de la situation globale des parties, argumenter pour montrer en quoi l'application du régime désigné par le syllogisme créerait un résultat disproportionné. Ce travail de persuasion peut se faire au moyen d'un grand nombre de faits créant, une fois combinés, une situation contraire aux droits et libertés fondamentaux, supposant l'intégration d'une pluralité de faits dans une argumentation construite.

Cela suppose, pour l'avocat, une écoute différente de son client, ne cherchant plus à distinguer les faits pertinents des autres, chaque fait pouvant devenir pertinent une fois mobilisé dans une argumentation bien construite. Cette écoute est d'autant plus difficile que les faits pertinents différeront dans chaque affaire, toute situation factuelle étant différente, nécessitant une créativité renouvelée de l'avocat pour proposer un contrôle de proportionnalité correspondant réellement aux faits de l'espèce, seul à même de présenter quelque chance de succès. Cette faculté de l'avocat à l'imagination créatrice va au-delà de celle qu'il pratique déjà pour déterminer le fondement le plus à même de garantir le succès des prétentions de son client, étant donné qu'il n'est plus limité par les catégories prévues par la loi mais par la seule pertinence des faits invocables.

Le résultat de ces évolutions semble être une complexification de la mission de l'avocat lorsqu'un contrôle de proportionnalité est réalisé. Cet outil, en effet, cadre mal avec la simplification des contentieux permettant à certains avocats de vanter des prestations tarifées directement sur internet. Il semble au contraire qu'un avocat prenant le temps d'écouter ses

¹ Gautier (Pierre-Yves) et Pezard (Alice), « Nouvelle méthode de raisonnement du juge ? L'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2015 sur le "juste équilibre" des droits », *Légicom*, Victoires éditions, 2016, n°57, p. 5.

² *Ibid.*

³ La chose n'est pas sans évoquer le rôle de l'avocat dans les modes amiables, qui consiste notamment à comprendre l'origine du différend sous-jacent au litige pour lui apporter une solution en profondeur.

clients et de réfléchir à chaque affaire soit requis afin de concilier comme il se doit « *audace et sécurité* »¹. En miroir, cela pose la question de sa responsabilité professionnelle dans la réalisation du contrôle de proportionnalité, celle-ci étant appréciée avec une rigueur grandissante par les juridictions², l'obligeant à « *mettre en œuvre tous les moyens de défense indispensables à la conduite du dossier dans l'intérêt du client* » tout en sanctionnant le recours à « *une argumentation défectueuse* »³. Quelle manifestation concrète pourrait prendre son devoir de compétence⁴ dans la construction d'un contrôle de proportionnalité ?

83. Hypothèse de l'absence de représentation obligatoire L'importance du rôle de l'avocat souligné, apparaît naturellement la question du déroulement du contrôle de proportionnalité lorsque son ministère n'est pas obligatoire. Certes, cette absence de représentation obligatoire, qui demeure le principe⁵, est érigée en exception s'agissant des instances devant le Tribunal judiciaire⁶, la Cour d'appel⁷ et la Cour de cassation⁸. Il demeure cependant possible de se passer d'avocat dans certaines matières désignées, telles celles traitées par le juge du contentieux de la protection⁹ ou relevant de la protection juridique des mineurs¹⁰.

Assurément, dans une instance sans représentation obligatoire, une partie pourrait demander au juge de réaliser un contrôle de conventionnalité, lequel pourrait parfaitement comporter un volet *in concreto*. Rien ne vient en effet limiter les arguments pouvant être produit devant un juge selon la personne argumentant, les avocats ne disposant pas d'arguments réservés interdits aux profanes. Cependant, en pratique, les parties dépourvues d'avocat ont le plus souvent une connaissance limitée du droit substantiel, et plus encore des subtilités du contrôle de conventionnalité. Il paraît par conséquent peu vraisemblable qu'un contrôle de proportionnalité argumenté de manière convaincante soit souvent sollicité auprès du juge au cours d'une instance sans avocat. L'hypothèse où, tout en ignorant précisément comment les formuler, une partie non représentée émette des arguments à même de justifier qu'un contrôle *in concreto* soit réalisé devrait être beaucoup plus courante. Le juge pourrait-il alors relever d'office ce moyen

¹ Thouret (Sylvain), « La responsabilité de l'avocat ou l'art de concilier audace et sécurité », *AJ Famille*, Dalloz, 2019, p. 388.

² Taisne (Jean-Jacques) et Douchy-Oudot (Mélina), « Avocat », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, n°675.

³ Demeester (Marie-Luce), *Répertoire de droit civil*, Dalloz, « Avocat : Responsabilité », n°54.

⁴ Règlement intérieur national de la profession d'avocat, article 1.3.

⁵ Code de procédure civile, article 18.

⁶ Code de procédure civile, article 760.

⁷ Code de procédure civile, article 899.

⁸ Code de procédure civile, article 973.

⁹ Code de procédure civile, article 761.

¹⁰ Code de procédure civile, article 1239.

et réaliser un contrôle ?

Devant le juge civil, l'état actuel de la jurisprudence¹ serait que le juge aurait la faculté de relever d'office les moyens non invoqués par les parties, qu'ils soient mélangés de fait et de droit ou de pur droit², seuls ces derniers étant admis devant la Cour de cassation³. Celle-ci précise par ailleurs que le moyen demandant un contrôle *in concreto* peut relever de cette dernière catégorie, à même d'être soulevé devant la Cour de cassation, s'il s'appuie exclusivement sur des faits constatés par les juges du fond⁴. Dès lors, rien n'empêche le juge de relever d'office le contrôle *in concreto* lorsque les faits invoqués devant lui indiquent l'opportunité de le réaliser. Cela pourrait être le cas en l'absence de représentation obligatoire, lorsqu'une partie invoque le caractère injuste du résultat de l'application de la loi à sa situation et étaye cette appréciation en présentant des faits convaincants. En application du principe du contradictoire, les parties seraient alors appelées à débattre sur le sujet⁵.

Cependant, la réalité des conditions de travail des juges, qui n'ont guère le temps de pratiquer le relevé d'office, conjuguée à la rareté des instances sans représentation d'avocat, qu'elle soit ou non obligatoire, font qu'il est peu probable que fleurissent les contrôles *in concreto* relevés d'office. L'arrêt inaugural de 2013 semble à cet égard constituer une exception. Cette réflexion n'épuise pas le sujet du rôle du juge quant aux faits.

2 : Renforcement du rôle de tri du juge

84. **Redéfinition du rôle du juge** La répartition des rôles dans le procès civil exprimée par l'adage *da mihi factum, dabo tibi jus*, a sans doute toujours été une simplification. S'il est vrai que le principe dispositif ou principe de la libre disposition pose que « *les parties ont, dans le cadre du procès, la maîtrise des faits* »⁶, ou, selon Motulsky, qui a forgé ledit principe, que « *les parties sont maîtresses de la matière litigieuse* »⁷, la maîtrise des faits par

¹ Cour de cassation, Assemblée plénière, 21 décembre 2007, n° 06-11.343. Note Deshayes (Olivier), « L'office du juge à la recherche de sens », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1102 ; Gautier (Pierre-Yves), « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2008, p. 317 ; Malinvaud (Philippe), « Le juge n'a pas l'obligation de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes », *Revue de droit immobilier*, Dalloz, 2008, p. 102 ; Perrot (Roger), *Procédures*, LexisNexis, 2008, n° 3, p. 71.

² Chainais (Cécile) *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, 2022 (36^e édition), n° 591.

³ Code de procédure civile, article 619.

⁴ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018, p. 13.

⁵ Code de procédure civile, article 16.

⁶ Brus (Florence), *Le principe dispositif et le procès civil*, Thèse soutenue en 2014 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, disponible en ligne, n° 2.

⁷ Motulsky (Henri), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *in* *Écrits et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p. 38.

les parties connaît des tempéraments, et l'affirmation du droit par le juge est menacée.

Concernant les faits, il faut brièvement rappeler que le juge peut, théoriquement, « *inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige* »¹, le refus de répondre à cette invitation n'étant assorti d'aucune sanction², quoi qu'il puisse en tirer toutes les conséquences dans son raisonnement. En plus de pouvoir solliciter des parties qu'elles fassent rentrer de nouveaux faits dans le débat ou qu'elles précisent ceux déjà invoqués, il est loisible au juge d'utiliser dans son raisonnement des faits présents dans le débat, mais non spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions³. Ces faits, allégués par les parties sans qu'elles n'en tirent de conséquences juridiques particulières, sont qualifiés de faits adventices, à la suite de Motulsky⁴. L'objectif est, pour le juge, de « *s'évader du débat primitif pour faire apparaître en pleine lumière des faits que les parties ont laissés, volontairement ou involontairement, dans l'ombre et les utiliser pour relever le moyen de droit idoine* »⁵.

Parallèlement, l'accomplissement de la mission du juge de dire le droit dépend de plus en plus de son bon vouloir lorsque les parties au litige ne lui indiquent pas avec clarté quel droit il doit dire. Un arrêt remarqué rendu en Assemblée plénière⁶ limite ainsi le devoir du juge de requalifier les demandes des parties et de soulever d'office les moyens pertinents aux seules règles d'ordre public. Cela fait miroir à l'obligation pour le demandeur de faire figurer dans l'acte introductif d'instance qu'est l'assignation un exposé des moyens de droit, et non seulement de fait⁷, allégeant d'autant le fardeau du juge. Il ne s'agirait cependant pas là d'une révolution. En effet, la plupart des assignations contenaient déjà des moyens en droit, l'assignation qualificative ne faisant que codifier une obligation auparavant déontologique⁸. Il a pareillement été noté qu'il « *ne s'agit pas là, selon toute vraisemblance, de l'amorce d'un bouleversement des principes directeurs du procès* », mais de faciliter la tâche du juge, pour qui la distinction du fait et du droit dans les écritures des parties pouvait être malaisée⁹.

¹ Code de procédure civile, articles 8 et 446-3.

² Chainais (Cécile) *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, 2022 (36^e édition), n°543.

³ Code de procédure civile, article 7, codifiant une jurisprudence ancienne (par exemple Chambre civile de la Cour de cassation, 16 juin 1929).

⁴ Motulsky (Henri), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Recueil Dalloz*, 1964, p. 235 et s. (reproduit dans Motulsky (Henri), *Écrits - Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 101 et s.).

⁵ Eudier (Frédérique) et Gerbay (Nicolas), *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, entrée « Jugement », n°61.

⁶ Cour de cassation, Assemblée plénière, 21 décembre 2007, n°06-11.343. Note Perrot (Roger), *Procédures*, LexisNexis, 2008, n°3, p. 71 ; Deshayes (Olivier), « L'office du juge à la recherche de sens », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1102 ; Gautier (Pierre-Yves), « La faculté pour le juge de soulever d'office un moyen de droit et la protection effective de l'acheteur », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2008, p. 317.

⁷ Code de procédure civile, article 56 issu du décret n°98-1231 du 21 décembre 1998.

⁸ Guinchard (Serge), « L'ambition d'une justice civile renouée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1999, p. 65, spécialement n°21.

⁹ Jamin (Christophe), « Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1999, p. 225.

Cette addition d'éléments pas tout à fait révolutionnaires aboutit cependant à modifier l'équilibre du procès, augmentant la charge qui pèse sur les parties quant au droit, réduisant corrélativement le rôle du juge. Ainsi, l'adage descriptif de l'office du juge s'énoncerait plus exactement comme « *da mihi factum, da mihi jus, judicium dabo* »¹. C'est dans ce contexte que vient s'insérer le contrôle de proportionnalité.

85. Effets de la proportionnalité Le contrôle de proportionnalité complexifie le déroulement du procès, ajoutant une étape postérieurement au syllogisme et brouillant la place du fait, affectant la tâche concrète du juge sur les faits. L'accroissement du nombre de faits invoqués semble en mesure d'affecter la fonction du juge, celui-ci devant réaliser un tri plus important pour discerner les faits pertinents. Sa tâche est également complexifiée par le rôle nouveau des faits invoqués par les parties, qui ne visent plus seulement à nourrir le syllogisme pour défendre l'application d'un texte de loi, mais à convaincre de la disproportion du résultat d'un raisonnement. Les faits invoqués doivent être appréciés par le juge dans cette optique.

Pour ce faire, la notion de fait adventice semble particulièrement intéressante. Devant conduire son contrôle à partir d'une large masse de faits invoqués, le juge doit en effet faire sens d'un nombre croissant d'éléments factuels. Il sera plus facile pour lui de réaliser des recoupements et déductions entre ces faits, et d'en inférer des conséquences, qu'en présence du nombre restreint de faits nécessaires au syllogisme. L'exemple évoqué *supra*² du mariage entre un beau-père et sa bru dont l'annulation n'était pas disproportionnée semble en offrir une illustration³. En effet, la Cour de cassation, reprenant en cela le raisonnement de la Cour d'appel, a notamment justifié sa décision de rejet du moyen de disproportion en invoquant le fait que le beau-père représentait nécessairement une figure paternelle. Cet élément n'était, semble-t-il, pas invoqué tel quel par les parties, mais pouvait se déduire de l'âge des époux, de la date du mariage à l'origine de l'empêchement, et du lieu de vie de la demanderesse durant son enfance, leur combinaison permettant de voir que le beau-père avait vécu plusieurs années avec la demanderesse durant son enfance.

¹ C'est-à-dire « *donne-moi les faits, donne-moi le droit, je te donnerai le jugement* ». Deshayes (Olivier), « L'office du juge à la recherche de sens », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1102.

² Voir n°77.

³ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, Notes Douchy-Oudot (Mélina), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 470 ; Lemouland (Jean-Jacques), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1082 ; Hauser (Jean), « Nullité de mariage : la proportionnalité proportionnelle et l'opposabilité aux tiers », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 102.

86. Conclusion du chapitre

Cette première approche du contrôle de proportionnalité a permis de voir ce qu'il n'est pas pour éviter toute confusion dans l'affirmation de ce qu'il est.

Le contrôle de proportionnalité n'est pas la mise en balance. S'il est bien un outil comparant deux objets, ces objets ne doivent aucunement s'équilibrer entre eux comme s'ils avaient la même masse, ce qui serait le cas de deux droits ou libertés fondamentaux. Le contrôle de proportionnalité dont il est ici question confronte un droit fondamental à une situation factuelle résultant de l'application d'une norme à un cas d'espèce. Il vise à vérifier que cette application d'une norme, conforme au droit fondamental invoqué lorsque ces deux objets sont appréciés abstraitement, ne donne pas lieu à un résultat non conforme audit droit fondamental. Le lien avec le concept de mise en balance est par conséquent plus distendu ici que dans d'autres figures proches tranchant un conflit entre deux droits fondamentaux dans une situation concrète, mettant hors de propos les raisonnements focalisés sur ce *balancing* spécifique.

Le contrôle de proportionnalité n'est pas non plus le syllogisme. Si cette absence d'identité entre deux outils de raisonnement juridique est largement reconnue, il est utile de préciser ses implications. En effet, le contrôle de proportionnalité, en dépit des apparences, ne rend pas le syllogisme obsolète. Bien au contraire, il apparaît que la conduite rigoureuse d'un syllogisme est un préalable indispensable à la construction d'un contrôle de proportionnalité. La disparition du syllogisme des jugements pratiquant un tel contrôle ne relèverait par conséquent que d'un choix de rédaction pouvant aisément être amendé. L'apparition de cette étape de raisonnement postérieure au syllogisme a pour conséquence de modifier le rapport entre le fait et le droit, l'injection de faits nouveaux lors du contrôle de proportionnalité donnant lieu à l'élaboration d'un mélange plus riche en fait pour alimenter le procès.

Ces deux séries de réflexion rendent visible le caractère concret du contrôle de proportionnalité, étant entendu par-là que cet outil se fonde dans tous ses aspects sur la situation factuelle du litige. Le contrôle de proportionnalité ne peut être envisagé, pour sa pratique comme pour son étude, que dans une instance donnée opposant des parties envisagées dans leur individualité. On pourrait paraphraser Héraclite¹ en affirmant que le caractère concret est la mesure du contrôle de proportionnalité.

La mesure du contrôle de proportionnalité, en effet, n'a été qu'entrevue en établissant ce caractère concret. Il est nécessaire, pour progresser dans la compréhension de cet outil, de voir qu'il s'applique à la hiérarchie des normes.

¹ C'est à lui qu'est attribuée la phrase reprise par Platon et citée par Hobbes selon laquelle « *L'homme est la mesure de toute chose* ».

Chapitre II : Un outil de contrôle de la hiérarchie des normes

87. **Concrétisation du contrôle** Le raisonnement concret rendu possible par le contrôle de proportionnalité a pour fonction d'assurer le respect de la hiérarchie des normes. Il permet de vérifier qu'une norme de valeur inférieure est conforme à une norme de valeur supérieure.

Cependant, cette affirmation ne permet pas de voir en quoi le contrôle de proportionnalité se distingue d'autres outils de contrôle de la conformité des normes les unes avec les autres, tels que les différents contrôles de constitutionnalité ou le contrôle de conventionnalité. C'est encore son caractère concret qui distingue le contrôle de proportionnalité de ces divers outils. Le contrôle de proportionnalité, en effet, ne vérifie pas que deux normes prises telles quelles, abstraitement, sont compatibles entre elles, mais que la norme inférieure, une fois appliquée à une situation de fait, ne conduit pas à un résultat contraire aux prévisions de la norme supérieure. Par conséquent, il est des situations où les normes considérées seront abstraitement compatibles entre elles, mais ne le seront pas une fois appliquées à un cas précis. Il est nécessaire d'explorer cette spécificité du contrôle de proportionnalité afin de poser les jalons d'un raisonnement sur son utilité.

Il convient de voir à quel point le caractère concret de l'appréciation du respect de la hiérarchie des normes innove dans ce domaine (**Section I**) avant d'envisager comment cette concrétisation se manifeste dans le procès (**Section II**).

Section I : Le principe de l'appréciation concrète de la hiérarchie des normes

88. **La concrétisation du contrôle, une nouveauté** La manière dont le contrôle de proportionnalité utilise les faits de l'espèce d'une manière plus poussée et diffuse que le syllogisme a été évoquée. Cela n'épuise cependant pas le raisonnement sur le caractère concret du contrôle. En effet, cette approche factuelle n'est pas une fin en soi, étant une praxis destinée à tendre vers un objectif ou une fonction. La concrétisation ou le factualisme du contrôle vise à concrétiser le contrôle de conformité des normes. Pour admettre que le contrôle de proportionnalité est bien un mécanisme vérifiant le respect de la hiérarchie des normes (**Paragraphe II**), il est utile de saisir en quoi les mécanismes préexistants de contrôle du respect de la hiérarchie des normes, abstraits, ne présentaient pas cette caractéristique (**Paragraphe I**).

Paragraphe I : Préexistence de l'appréciation abstraite de la hiérarchie

89. **Existence de multiples contrôles abstraits** Avant l'apparition du contrôle de proportionnalité dans le système judiciaire français, le contrôle de la conformité de la loi aux normes supérieures n'était qu'abstrait. Cela s'applique tant au contrôle opéré par le juge constitutionnel (A) qu'à celui que réalise le juge judiciaire (B).

A : L'abstraction du contrôle du juge constitutionnel

90. **Abstraction des deux types de contrôle** Le contrôle de constitutionnalité de la loi réalisé par le Conseil constitutionnel ne peut être qu'abstrait quand il précède l'entrée en vigueur de la loi (1), caractère abstrait toujours assumé pour le contrôle suivant cette entrée en vigueur, quoique ce contrôle *a posteriori* porte en lui les germes d'une concrétisation (2).

I : Abstraction par essence du contrôle a priori

91. **Nécessaire abstraction** Rappeler que le contrôle de conformité des lois à la constitution réalisé *a priori* par le Conseil constitutionnel a lieu « *avant leur entrée en vigueur* »¹ relève de la tautologie. Cela suffit cependant à comprendre pourquoi ce type de contrôle est par essence abstrait, au sens qu'il ne peut pas apprécier l'application d'une loi à une situation, étant donné que la loi contrôlée n'est pas encore applicable. Ainsi, le contrôle porte sur « *les mots secs du texte de loi et non sur une norme vivante nourrie de son application, de son interprétation et de sa connexion avec les faits* »².

Ce caractère est assumé par le Conseil constitutionnel, qui refuse de se saisir d'éventuels éléments de concrétisation s'offrant à lui pour mener sa réflexion. Il a par exemple été jugé que « *la conformité d'une loi à la constitution ne saurait être appréciée au regard de déclarations relatives à l'application qui en sera faite* »³, le Conseil décidant de ne pas connaître de la manière dont les décideurs politiques à l'origine d'une loi ont déclaré entendre l'appliquer.

92. **Différente concrétisation** Il n'en demeure pas moins que qualifier un contrôle d'abstrait ou de concret est avant tout affaire de sémantique, la notion de contrôle concret étant elle aussi « *marquée du sceau de la polysémie et de l'ambivalence* »⁴. Se dessine

¹ Constitution, article 61 alinéa 2.

² Rousseau (Dominique), Gahdoun (Pierre-Yves) et Bonnet (Julien), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020 (12^e édition), n°461.

³ Conseil constitutionnel, 25 juillet 1984, décision n°84-176 DC.

⁴ Bonnet (Julien) et Roblot-Troizier (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821.

une « *montée en puissance des éléments de concrétisation* »¹ d'un contrôle *a priori* qui demeure tout de même « *principalement abstrait* »². En effet, le Conseil constitutionnel utilise de manière grandissante des références au contexte entourant le vote d'une loi, contexte à même d'évoluer dans le futur et d'affecter la conformité de cette loi à la constitution. Ainsi en est-il des décisions portant sur les différentes lois de bioéthique³, qui s'appuient sur l'état des connaissances techniques et scientifiques, par nature évolutives. De la même manière, les études d'impact accompagnant certains projets de loi⁴ sont connues du Conseil constitutionnel.

Une telle concrétisation, qui ne consiste qu'en une prise en compte du contexte de l'édiction de la loi par le législateur, n'est cependant guère comparable avec celle opérée par le contrôle de proportionnalité, ou avec celle qui serait conceptuellement possible avec la question prioritaire de constitutionnalité.

2 : *Abstraction choisie du contrôle a posteriori*

93. **Abstraction quant au litige** Aux côtés du contrôle de constitutionnalité *a priori*, prévu dès l'origine de la constitution de 1958 et largement ouvert par la suite, le contrôle *a posteriori* apparaît en 2008⁵. Instaurant la question prioritaire de constitutionnalité, il permet de contrôler la constitutionnalité d'une loi à l'occasion de son application lors de la résolution d'un litige, offrant l'avantage de pouvoir vérifier la conformité de lois entrées en vigueur antérieurement à l'instauration du contrôle *a priori*, auparavant dans un angle mort du contrôle de constitutionnalité.

Avant qu'une question prioritaire de constitutionnalité parvienne devant les juges du Conseil constitutionnel, une procédure⁶ permet de filtrer les demandes, prévoyant que la transmission de la question soit d'abord validée par la juridiction saisie du litige, puis par la Cour suprême de l'ordre compétent, c'est-à-dire la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

À la différence du contrôle *a priori*, rien dans la nature de la question prioritaire de constitutionnalité n'implique qu'elle prenne la forme d'un raisonnement abstrait. En effet, cette question étant posée à l'occasion d'un litige, les faits de ce litige pourraient parfaitement servir d'élément d'appréciation. Ce n'est cependant pas le choix fait par le constituant, qui s'en est

¹ Rousseau (Dominique), Gahdoun (Pierre-Yves) et Bonnet (Julien), *ibidem*, n°458.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, n°468.

⁴ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, article 8.

⁵ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008.

⁶ Précisée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

tenu à une analyse de la loi préservée de tout élément factuel pour la question prioritaire de constitutionnalité, en faisant un contrôle « *systématiquement abstrait* »¹. Ainsi, « *le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé* »², le caractère distinct de l'écrit dont il est question le différenciant des demandes adressées au juge du fond. La question prioritaire de constitutionnalité a par conséquent pour support un écrit distinct de celui où sont présentés les faits du litige et les demandes en droit que les parties formulent, empêchant le juge qui statue sur le procès constitutionnel de connaître du fond du litige, au sens commun comme au sens processuel du mot connaître³.

Ce lien entre le fond de l'affaire et la question prioritaire de constitutionnalité se distend de plus en plus au fur et à mesure que la question se rapproche du Conseil constitutionnel. Le juge du fond, en effet, doit, pour transmettre la question à sa Cour suprême, vérifier que « *la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites* »⁴, condition dont la Cour de cassation ou le Conseil d'État doit également vérifier l'application⁵. Ce raisonnement implique que la séparation entre le fait et le droit ne soit pas totale, l'applicabilité du texte contesté nécessitant un syllogisme, de la même manière que lorsque le juge saisi d'un contrôle de proportionnalité vérifie que le texte dont les conséquences concrètes sont contestées est bien applicable au litige⁶. En revanche, il n'entre pas dans la mission du

¹ Deumier (Pascale), « Contrôle de conventionnalité, l'esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578.

² Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel tel que modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, article 23-1.

³ Le caractère hermétique de ce cloisonnement peut être mis en lumière en réalisant un parallèle avec la procédure de question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour a en effet développé une jurisprudence exigeante, demandant aux juridictions la saisissant de donner suffisamment de précisions sur les faits de l'espèce pour permettre au juge luxembourgeois de saisir précisément les raisons ayant conduit le juge national à s'interroger sur l'interprétation du droit européen, le but étant de permettre l'élaboration d'une décision qui lui soit véritablement utile dans la résolution du litige (sur les décisions établissant ces exigences, voir Picod (Fabrice), « Cour de justice : procédure », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, n° 238).

Condensant ces exigences, le nouveau règlement de procédure de la Cour, adopté en septembre 2012, dispose que « *Outre le texte des questions posées à la Cour à titre préjudiciel, la demande de décision préjudicielle contient : a) un exposé sommaire de l'objet du litige ainsi que des faits pertinents, tels qu'ils ont été constatés par la juridiction de renvoi ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées ; b) la teneur des dispositions nationales susceptibles de s'appliquer en l'espèce et, le cas échéant, la jurisprudence nationale pertinente ; c) l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal* » (Règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne, article 94). La Cour dispose de bien plus d'informations que ce qui lui serait nécessaire si elle se contentait de révéler le sens des règles de l'Union, manifestant la richesse de son rôle.

⁴ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel tel que modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, article 23-2 1°.

⁵ Ordonnance précitée, article 23-4.

⁶ Comme indiqué *supra*, n°66.

Conseil constitutionnel de vérifier cette applicabilité, sa mission étant seulement de vérifier la conformité de la loi à la constitution. Cette cassure entre le fait du litige et la question prioritaire de constitutionnalité est illustrée par le fait que le Conseil constitutionnel ne reçoit que « *l'écrit ou le mémoire "distinct et motivé" ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité* »¹, et non les écrits sur le fond de l'affaire, « *n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée* »². Dernière illustration de cette distension, le fait que l'extinction de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée ne mette pas fin à la procédure devant le Conseil constitutionnel³, rendant manifeste l'objectif de cette question prioritaire de constitutionnalité, qui vise non à préserver la justice dans une situation concrète, mais à assurer la cohérence de la législation au bloc de constitutionnalité. Ce sont les modalités procédurales de la question prioritaire de constitutionnalité qui « *éloignent le Conseil constitutionnel d'une appréciation casuistique* »⁴.

Ces différents éléments mettant en place l'abstraction du contrôle de constitutionnalité par question prioritaire réalisé par le Conseil constitutionnel diffuseraient dans la pratique, poussant les avocats et magistrats à éviter l'invocation de tout raisonnement concret dans ces procès constitutionnels. Ainsi, « *le procès fait à la loi par la QPC ne se confond pas avec le procès sur le fond du litige, ce qui implique mécaniquement un raisonnement abstrait de la part des avocats, des juges du filtrage et donc en définitive du Conseil constitutionnel* »⁵. C'est animé par cette logique que le Conseil constitutionnel a pu rejeter explicitement tout lien entre son raisonnement et les implications pratiques de l'affaire, affirmant par exemple que « *à supposer que le relogement des occupants évincés soit susceptible de se heurter à des difficultés pratiques, celles-ci ne sauraient être retenues pour l'examen de la constitutionnalité des dispositions concernées* »⁶.

94. **Limites à l'abstraction**

L'office du juge constitutionnel statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité demeure totalement abstrait quant au litige ayant donné

¹ Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, n°2009-595 DC, Note Genevois (Bruno), « Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2010, p. 1.
² *Ibidem*.

³ Ordonnance précitée, article 23-9.

⁴ Bonnet (Julien) et Roblot-Troizier (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821.

⁵ Rousseau (Dominique), Gahdoun (Pierre-Yves) et Bonnet (Julien), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020 (12^e édition), n°463.

⁶ Conseil constitutionnel, 5 octobre 2016, n°2016-581 QPC, Note Mathieu (Bertrand), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 3, p. 109 et Salles (Sylvie), « Conformité de l'obligation de relogement des occupants sans titre de séjour », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n° 43, p. 44.

lieu à cette question, les faits de l'espèce n'étant pas pris en compte. Le Conseil constitutionnel, pour autant, n'est pas totalement coupé des réalités concrètes lorsqu'il statue sur la constitutionnalité d'une loi entrée en vigueur.

Au stade de la transmission de la question par le juge du fond et par la Cour suprême judiciaire ou administrative, un raisonnement concret permet de décider de la saisine du Conseil constitutionnel. En effet, conformément à l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, qui est de vérifier la conformité à la constitution des lois en vigueur n'ayant pas été contrôlées *a priori*, l'absence de déclaration préalable de conformité est une condition de transmission de la question¹. Toutefois, cette condition tombe en cas de changement des circonstances, permettant que le Conseil constitutionnel soit saisi d'une loi déjà validée si les circonstances de son application ont changé depuis. Cette possibilité permet d'avoir « *la possibilité de réagir contre l'obsolescence de la loi face aux nouveaux comportements de la société qu'elle régit* »². Cela a par exemple permis de réexaminer le régime de la garde à vue, validé par un contrôle *a priori*, le changement de circonstance consistant en la banalisation de la mesure se manifestant par une augmentation exponentielle de la pratique de cette mesure privative de liberté³.

De plus, le juge constitutionnel ne prend pas seulement en compte le texte de la loi, telle qu'elle a été publiée au Journal officiel. Dans la droite ligne de sa doctrine du droit vivant, le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois telles qu'appliquées par les juridictions⁴. Le contrôle de constitutionnalité se concrétise ici par l'analyse de la loi telle qu'elle est appliquée. La Cour de cassation a d'ailleurs semblé s'opposer à cette position du Conseil⁵, qui représente en effet pour elle un risque de voir critiquer sa lecture de la loi, dans un contexte de concurrence entre les cours.

Quoi qu'il en soit, si le contrôle réalisé par la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas

¹ Ordonnance précitée, article 23-2 2^o.

² Guilhem (Julia), « QPC en droit de la famille : l'effectivité emporte-t-elle l'efficacité ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 327.

³ Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010, n°2010-14/22 QPC, spécialement n°18. Note Cassia (Paul), « Les gardes à vue "particulières" ne sont plus conformes à la Constitution », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2010, p. 1949 ; Maron (Albert), Robert (Jacques-Henri) et Véron (Michel), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2010, n° 38, p. 1750 ; Puig (Pascal), « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, p. 513.

⁴ Il a par exemple jugé que « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ». Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, décision n°2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B, considérant n°2. Note Chénéde (François), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2010, p. 2744 ; Hauser (Jean), « L'autorité parentale et l'adoption simple », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, p. 776 ; Le Boursicot (Marie-Christine), « Homoparentalité : la décision appartient désormais au législateur », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2010, n° 12, p. 23.

⁵ Voir par exemple Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 mai 2010, n°09-82.582, qui refuse de dire nouvelle une question concernant la constitutionnalité de l'interprétation d'un texte au motif que ce texte a été déclaré conforme à la constitution par un contrôle *a priori*, lequel ne pouvait logiquement porter sur cette interprétation.

hors sol, il demeure bien abstrait au sens où il ne s'appuie pas sur les éléments du litige, mais considère la constitutionnalité *in globo* de la loi déferée.

B : L'abstraction du juge judiciaire

95. **Un contrôle portant les germes de la concrétisation** Le juge judiciaire réalise un contrôle abstrait de la conformité de la loi aux règles conventionnelles (1), mais dispose de tous les atouts pour concrétiser ce contrôle (2).

I : Abstraction du contrôle de conventionnalité

96. **Contrôle hiérarchique** Le juge judiciaire, de même que le juge administratif, n'a pas toujours été chargé de contrôler la conformité de la loi aux normes supérieures. Depuis un arrêt dit Jacques Vabres¹, la capacité du juge judiciaire à contrôler la conformité de la loi aux conventions internationales est établie, y compris pour les lois entrées en vigueur postérieurement à la convention considérée. Le Conseil d'État réalise le même contrôle depuis un arrêt Nicolo². Depuis lors, c'est devant les deux ordres de juridiction qu'il est possible, au cours d'une instance, de soutenir l'inconventionnalité de la loi s'appliquant à un litige, permettant au « *plus modeste juge civil ou administratif [d'] écarter une loi qu'il estime contraire à une convention internationale* »³.

Il s'agit d'un contrôle fondé sur la hiérarchie des normes, reposant sur le principe établi dans la constitution de 1958 que les lois doivent respecter des normes de valeur supérieure⁴. La Cour de cassation réalisant un tel contrôle se réfère à l'occasion au « *principe habituel de la hiérarchie des normes* »⁵. Dire cela, cependant, ne permet pas de qualifier ce contrôle de concret ou abstrait.

97. **Contrôle abstrait** Le contrôle de conventionnalité classiquement opéré par le juge judiciaire se révèle être un contrôle abstrait. Certes, il se déroule à l'occasion d'un litige concret, et ne peut porter que sur une loi pertinente pour la résolution de ce litige, ce qui pour certains suffit pour qualifier un contrôle de concret⁶. Il est radicalement impossible de saisir un juge judiciaire en dehors de tout litige pour lui demander d'apprécier la conventionnalité d'un

¹ Cour de cassation, Chambre mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, Note Lequette (Yves), Terré (François) et Capitant (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I*, Dalloz, 2015, n° 4.

² Conseil d'État, 20 octobre 1989, n°108243, Note Genevois (Bruno), *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 1989, n° 5, p. 813.

³ Malaurie (Philippe) et Morvan (Patrick), *Introduction au droit*, LGDJ, 2022 (9^e édition), n°284.

⁴ Constitution du 4 octobre 1958, article 55.

⁵ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 28 janvier 2015, n°13-50.059.

⁶ Voir par exemple Gohin (Olivier), *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 2022 (5^e édition), n°1158.

texte de loi. Cependant, si le contrôle se déroule à l'occasion d'un litige, les moyens fondant la prétention selon laquelle la loi est inconstitutionnelle doivent être abstraits, c'est-à-dire critiquer le texte de loi considéré en tant que tel, et non son application aux faits de l'espèce. L'argumentation n'est pas fondamentalement différente dans sa forme de celle produite lors d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui ne repose pas sur les faits de l'espèce pour soutenir que le texte critiqué n'est pas conforme à la constitution. Or, si le raisonnement sur l'inconstitutionnalité ignore les faits de l'espèce, la portée du constat d'inconstitutionnalité doit s'étendre au-delà de la simple espèce.

Cela est en effet rendu visible par l'appréciation des effets d'une décision d'inconstitutionnalité. S'agissant d'un constat abstrait d'inconstitutionnalité, la portée de ce constat ne se limite pas à l'affaire en cours, mais le texte est considéré comme inconstitutionnel y compris s'il vient à être applicable à une autre affaire. Ainsi, bien que, à la différence du Conseil constitutionnel, le juge ne dispose pas du pouvoir d'abroger la loi, celle-ci va « *normalement demeurer inappliquée* »¹, tombant dans le « *domaine du droit négatif, par opposition au droit positif* »². Si cette inapplication peut conserver une portée effective toute relative dans le cas où c'est un juge de première instance qui prononce une inconstitutionnalité, elle établit toutefois que la portée du contrôle classique de conventionnalité opérée par le juge judiciaire dépasse la simple espèce, du fait de l'abstraction de son raisonnement.

Le juge judiciaire dispose cependant de tous les éléments nécessaires à une concrétisation de son contrôle.

2 : Possibilité de la concrétisation du contrôle

98. **Connaissance de l'instance** Le contrôle de conventionnalité tel qu'il est pratiqué par les juges judiciaires depuis l'arrêt Jacques Vabre est abstrait, ressemblant, en beaucoup d'aspects, au contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel. Cependant, à la différence du juge constitutionnel, le juge judiciaire est mieux outillé pour apprécier la conformité de la loi appliquée à une situation factuelle que le juge constitutionnel. En effet, le contrôle de conventionnalité occupe au sein de l'instance une place à la spécificité toute relative. Si son objet diffère d'un syllogisme visant à soutenir l'application ou la non-application d'une loi, il se situe dans les mêmes écritures, et est jugé par les mêmes juges, dans la même temporalité. Lorsqu'il statue sur la conventionnalité de la loi, le juge a dans ses mains toutes les informations factuelles nécessaires à la résolution du litige, et non seulement une

¹ Terré (François) et Molfessis (Nicolas), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2022 (14^e édition), n°572.

² *Ibidem*.

argumentation abstraite sur la conformité de la loi à une convention internationale. Le caractère abstrait de cette argumentation provient seulement du fait que c'est la plus à même d'obtenir le succès d'une prétention d'inconventionnalité qui porte sur la loi prise *in abstracto*, et non seulement sur son application au cas d'espèce. La situation du juge judiciaire est radicalement différente de celle du juge constitutionnel statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité : en plus de la différence du corpus applicable, le juge judiciaire à une pleine connaissance du contentieux, lorsque le juge constitutionnel porte des œillères lui masquant tout ce qui ne concerne pas la conformité abstraite de la loi au bloc de constitutionnalité.

99. **Connaissance du fait**

Au-delà de cette connaissance des faits de l'espèce en particulier, le juge judiciaire présente, sur un plan plus sociologique, des garanties importantes de sa connaissance de la réalité des faits. Dans un autre contexte, le Doyen Cornu déclarait que « *le juge a vocation directe et personnelle à connaître le fait* »¹, proposant d'ajouter à l'adage *jura novit curia* son pendant factuel « *facta novit curia* »².

Le juge judiciaire, en effet, rencontre quotidiennement dans sa pratique des situations factuelles, voyant les justiciables leur exposer leur situation personnelle. Changeant régulièrement de poste et ayant plusieurs affectations au long de sa carrière, le magistrat est au contact des justiciables et est particulièrement à même d'apprécier les effets de l'application de la loi à une situation donnée.

Cette aptitude place d'ailleurs le juge judiciaire dans une situation qui peut être dangereuse. Il en est ainsi s'il se considère à même de remettre en cause la loi en raison de son ressenti personnel, se laissant submerger par son empathie ou sa sympathie. Le symbole en est le célèbre juge Magnaud³, interprétant la loi à la lumière de conceptions équitables, qualifié de bon juge par les journaux plus que par ses pairs, et parfois invoqué à propos du contrôle de proportionnalité⁴. Un contrôle concret de la loi, procéduralement encadré, chercherait à se démarquer de cette équité. Cependant, ce spectre du juge Magnaud ne nimbe pas le contrôle de proportionnalité puisque son objet n'est pas seulement de dire ce qui est juste, « *mais d'assurer*

¹ Cornu Gérard, « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Publication de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1976, p. 120., cité par Amrani-Mekki (Soraya), « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in Mekki (Mustapha), Cadiet (Loïc) et Grimaldi (Cyril) (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 111 et s.

² *Ibidem*.

³ Salas (Denis), entrée « Magnaud (Le bon juge) » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

⁴ Rouvière (Frédéric), « Typologie des problèmes juridiques et argumentation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 559.

le respect des droits de l'individu »¹. En effet, si le contrôle de proportionnalité mené avec succès conduit à l'éviction *in casu* de la loi, il repose sur une norme écrite de valeur supérieure.

Paragraphe II : Le caractère hiérarchique de l'appréciation concrète

100. **Concrétisation du contrôle abstrait** Le contrôle de proportionnalité apparaît dans un arsenal du contrôle de la hiérarchie des normes largement abstrait, les différents outils de ce contrôle ignorant les faits de l'espèce, qu'ils portent sur des normes entrées ou non en application. Fort de ce constat, baignant dans l'abstraction du contrôle pratiqué dans le système judiciaire français, il serait possible de douter que le caractère concret du contrôle de proportionnalité lui permette d'appartenir aux outils de vérification du respect de la hiérarchie des normes. Autrement dit, il pourrait être de l'essence du contrôle hiérarchique que d'être abstrait, plaçant le contrôle de proportionnalité dans un registre autre que celui de la pyramide normative. Il convient de présenter cette thèse (**A**) et d'exposer les arguments tendant à la réfuter (**B**) pour affirmer le caractère hiérarchique de l'appréciation concrète.

A : L'hypothèse de l'absence du caractère hiérarchique du contrôle concret

101. **Mise en cause du caractère hiérarchique du contrôle concret** Il est possible de mettre en cause le fait que le contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué par les juridictions françaises soit un outil de contrôle de la hiérarchie des normes (**1**), ce qui entraîne de lourdes conséquences sur la perception de ce mécanisme (**2**).

1 : Présentation

102. **Hiérarchie de façade** Présenter le contrôle de proportionnalité comme une simple déclinaison, voir comme une implication logique du contrôle du respect de la hiérarchie des normes est à même de donner de celui-ci une image rassurante, l'inscrivant dans un environnement connu. Ce serait également un moyen de justifier son adoption et son développement, qui découleraient non d'un choix, mais d'une nécessaire application du principe de la hiérarchie des normes qui place les conventions internationales au-dessus des lois françaises. En effet, l'idée de hiérarchie des normes, quoique sa représentation pyramidale ne soit pas exempte de critiques², est établie et comprise de tous de même que le contrôle d'une

¹ Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1472.

² Pour monsieur Puig, la hiérarchie des normes serait en crise. Puig (Pascal), « Hiérarchie des normes, du système au principe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2001, p. 749.

telle hiérarchie, s'il est complexe à mettre en place, est également simple à concevoir et est un élément établi du paysage judiciaire.

C'est par exemple ainsi que le Président Vigneau expose que le contrôle de proportionnalité « *s'impose en vertu de l'article 55 de la constitution* »¹ et que son introduction en « *2013 n'est finalement que le reflet d'un mouvement plus ample initié depuis l'arrêt Jacques Vabre* »², ou que Monsieur Touzé le décrit comme « *la deuxième face de cette médaille de la conventionnalité interne* »³. L'invocation du caractère hiérarchique du contrôle viserait ici à paralyser tout raisonnement en camouflant son caractère novateur.

D'autres, adoptant un point de vue plus critique sur le contrôle, poussent cette parenté entre contrôle abstrait et contrôle concret en allant jusqu'à dénier au second toute autonomie et différence quant au premier. Cette distinction serait « *fictive en présence de dispositions qui ne laissent pas à l'autorité chargée de son application de pouvoir discrétionnaire pour le mettre en œuvre* »⁴, faisant que le contrôle concret, dans ces cas, souffrirait d'un « *défaut d'objet* »⁵. Plus précisément, une thèse récente soutient que, dès lors que la loi prive le juge de toute marge de manœuvre dans son application, seul un contrôle abstrait serait possible, étant donné que le contrôle ne pourrait « *porter sur la mise en œuvre de la loi* »⁶, verrouillée par le législateur. Dans une telle situation, seul un « *contrôle de la loi elle-même* »⁷, c'est-à-dire un contrôle abstrait, serait envisageable. Cette conception semble priver le contrôle de proportionnalité de tout intérêt, étant donné qu'il ne serait envisageable que dans les situations où la marge laissée au juge par la loi le rendrait inutile.

Cette présentation du contrôle de proportionnalité comme une déclinaison du contrôle du respect de la hiérarchie des normes est critiquée. Il est soutenu que l'on « *connait les formules*

¹ Vigneau (Vincent), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 123.

² Vigneau (Vincent), « Propos introductifs », In Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 11 et s.

³ Touzé (Sébastien), « L'arrêt Nicolo et la protection internationale des droits de l'Homme », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 124 et s.

⁴ Fourment (Victoria), *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022, n°178. L'auteur ne mentionne pas le fait que si la compétence liée implique bien que la loi soit appliquée pareillement dans tous les cas rentrant dans ses prévisions, le fait que chaque cas auquel la loi s'applique soit unique puisse mener à ce que l'application d'un texte à des faits pareillement à même de se subsumer en elle produise un résultat aberrant dans certains cas seulement. C'est pourtant sur ce constat que semble reposer le contrôle concret, tentant d'y apporter un remède.

⁵ *Op. cit.* n°187.

⁶ Fourment (Victoria), *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022, n°187. L'auteur prend ici l'exemple de la loi prohibant les mariages incestueux qui place le juge en « *situation de compétence liée* ».

⁷ *Ibidem.*

*magiques plus couramment employées pour tenter d'é luder la question de la légitimité d'un tel contrôle : la « hiérarchie des normes » et l'« article 55 de la Constitution »*¹. Une telle présentation hiérarchique du contrôle de proportionnalité ne serait qu'une façade visant à masquer la vraie nature de cet outil, à minimiser les implications de son déploiement dans le paysage judiciaire français.

103. **Conformité impossible**

En effet, le contrôle de proportionnalité et le contrôle de la hiérarchie des normes relèvent de deux logiques substantiellement différentes. Le contrôle de la conformité peut avoir pour résultat un constat de conformité ou de non-conformité, concluant que la loi respecte ou non la norme la surplombant dans la hiérarchie. Or, lors d'un contrôle de proportionnalité ou conventionnalité *in concreto*, « *la norme contrôlée (la loi) est par nature contraire à la norme de contrôle (tel droit, telle liberté)* »². Cette contrariété par nature proviendrait du fait que « *la loi n'est pas qu'une norme générale, impersonnelle et obligatoire adoptée par le Parlement (approche formelle et superficielle que le juriste doit savoir dépasser), elle est également l'expression d'un compromis opéré par les élus du peuple, au nom du bien commun, entre des revendications et aspirations contradictoires* »³. Autrement dit, la loi opère un compromis entre les intérêts et ne peut atteindre la perfection qu'offrent les droits fondamentaux proclamés. Le constat de conformité ne serait dès lors pas, sans travestissement, une issue valide du contrôle de proportionnalité.

Ce contrôle de proportionnalité aurait de ce fait un objet différent du contrôle du respect de la hiérarchie, il ne chercherait pas à répondre à la même question. Son objet véritable ne serait « *pas la "conformité" de la loi aux droits et liberté, mais la "proportionnalité" de l'atteinte portée par la première aux seconds* »⁴.

Dès lors, on comprend qu'il ne pourrait y avoir de conformité entre une liberté fondamentale et une loi régissant l'exercice de cette liberté, en définissant le régime, s'ingérant nécessairement dans sa garantie. L'objet du contrôle serait seulement de vérifier que la loi ne dépasse pas un certain seuil rendant l'atteinte disproportionnée, se disqualifiant par cet effet négatif trop vigoureux. *A contrario*, il apparaît que, si la hiérarchie était contrôlée lorsqu'un contrôle de proportionnalité est effectué, il conduirait invariablement à un constat de non-conformité, la loi

¹ Chénéde (François), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 796.

² Chénéde (François), article précité.

³ Chénéde (François), « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 179.

⁴ Chénéde (François), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 796.

contrôlée ayant pour objet de préciser et de restreindre le régime d'exercice de la liberté garantie par le texte de valeur supérieure.

Une telle vision est porteuse de lourdes conséquences sur la conception du contrôle de proportionnalité.

2 : Conséquences

104. **Appréciation du juge** Est envisagée l'idée que le contrôle de proportionnalité ne consiste pas en un contrôle du respect de la hiérarchie des normes, étant donné que la norme inférieure est « *par nature contraire* »¹ à la norme supérieure, puisqu'elle intervient sur son terrain pour la préciser et la restreindre. Cela revient à dire, par exemple, que la prohibition des mariages incestueux est en soi contraire au droit au respect de la vie privée, de même que l'existence d'un délai de prescription d'une action en établissement de la filiation ou que la possibilité d'expulser des occupants sans titre d'un terrain.

Or, si le contrôle ne porte pas sur le respect de la hiérarchie des normes, quel peut être son objet ? Pour Monsieur Chénéde, ce ne peut être que « *la légitimité de l'arbitrage opéré par le législateur* »², le contrôle de proportionnalité appréciant les limites que le texte de loi impose au droit fondamental garanti par le texte de valeur supérieure.

105. **Équité** Le contrôle de proportionnalité consisterait alors en un jugement de valeur effectué par le juge portant sur les choix opérés par le législateur dans sa détermination du régime des droits et libertés fondamentaux. En réalisant un tel contrôle, le juge se doterait de la possibilité de revenir selon son bon vouloir sur les arbitrages effectués par le pouvoir législatif, pouvant écarter l'application des lois qui lui déplaisent. Il lui serait alors possible de « *faire prévaloir son appréciation personnelle du conflit d'intérêts en présence* »³, éloignant le juge de sa mission de dire le droit.

Le contrôle de proportionnalité tel qu'il est ici décrit semble relever de l'équité au sens le plus péjoratif du terme⁴, de l'arbitraire, Monsieur Chénéde notant à propos des juges du fond que « *la Cour de cassation les a effectivement mis en position, non plus de juger, mais d'arbitrer, comme si les colitigants leur avaient conféré la mission de statuer en "amiable compositeur"* »⁵.

¹ Chénéde (François), article précité.

² Chénéde (François), article précité.

³ Chénéde (François), article précité.

⁴ Sur la pluralité de conceptions possibles de l'équité, voir *infra* n°466.

⁵ Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142, n° 4.

106. Impossible compréhension rationnelle du contrôle Cette position a pour conséquence nécessaire l'impossibilité d'une mise en système du contrôle. En effet, l'opinion personnelle du juge varie selon le juge considéré, et constitue un objet changeant et insaisissable, étant donné que même un individu considéré ne peut que dans une certaine limite justifier rationnellement de son opinion personnelle. En son état actuel, le contrôle de proportionnalité serait un mécanisme anarchique, n'asseyant ses solutions que sur des bases instables et indéfinissables. Toute tentative de compréhension du contrôle de proportionnalité et plus encore de mise en système de celui-ci serait vaine, à moins de modifier substantiellement ce mécanisme.

Il semble cependant que l'affirmation de l'appartenance du contrôle de proportionnalité tel qu'il est aujourd'hui pratiqué à la catégorie des outils assurant le contrôle de la hiérarchie des normes doive être soutenue.

B : La défense du caractère hiérarchique du contrôle concret

107. Réfutation de l'hypothèse de l'absence de caractère hiérarchique Le point de vue consistant à dire que la loi régissant l'exercice d'une liberté fondamentale est en elle-même contraire à celle-ci, qui a pour conséquence d'affirmer la non-appartenance du contrôle de proportionnalité aux mécanismes de vérification du respect de la hiérarchie des normes, doit être contredit. Cette absence de contrariété par principe (1) valide l'utilisation de la notion de hiérarchie des normes pour décrire le contrôle de proportionnalité (2).

I : Absence de contrariété par principe

108. Éclipse du caractère concret La description présentant le contrôle de proportionnalité pratiqué devant le juge judiciaire comme ne vérifiant que la proportionnalité de l'atteinte de la loi aux droits et libertés fondamentaux semble peu spécifique pour décrire cet objet. En effet, cette description semble pouvoir être appliquée à tout contrôle de proportionnalité de type mise en balance comparant deux objets normatifs interagissant entre eux. Elle semble d'ailleurs mieux évoquer un contrôle de proportionnalité abstrait, ne s'attachant qu'à l'appréciation des effets d'une norme sur une autre norme, et omettant de mentionner tout effet d'une situation factuelle affectant ce rapport entre deux normes.

Or, ce qui fait, à beaucoup d'égards, la spécificité et l'intérêt du contrôle de proportionnalité pratiqué depuis quelques années par les juridictions judiciaires et administratives françaises est son caractère concret. Cette imprégnation de l'objet du contrôle de proportionnalité par une

situation factuelle spécifique affecte autant son déroulement que ses effets, donnant corps à son caractère hiérarchique tout en le distinguant des autres mécanismes de contrôle de la conformité des normes.

Cette position semble adoptée par la Première présidence de la Cour de cassation, exprimée d'abord par Madame Arens, pour qui « *la règle en elle-même peut être en pleine conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ou un autre texte international mais son application pourrait emporter des conséquences qui porteraient dans le cas d'espèce une atteinte trop grande aux droits fondamentaux* »¹, liant le caractère concret du contrôle de proportionnalité avec son caractère hiérarchique. Son successeur, Monsieur Soulard, manifeste une ligne similaire dès son audience d'installation². La même idée est également accueillie par certains auteurs qui notent que « *dans l'examen concret d'une affaire, un droit fondamental peut (...) venir contrarier des règles ou principes dont l'application entraînerait une atteinte disproportionnée à ce droit fondamental, même si le bien-fondé de ces règles ou principe est reconnu de façon générale* »³. Le lien fait entre ce contrôle de proportionnalité et le contrôle du respect de la hiérarchie des normes apparaît avec clarté dans l'affirmation que « *les droits fondamentaux sont caractérisés par le fait qu'ils peuvent — parce qu'ils sont « fondamentaux » — s'imposer, en toute circonstance, à l'encontre d'exigences ou de droits qui n'ont pas cette prééminence dans l'ordre juridique* »⁴.

En plus de ne pas prendre en compte le caractère concret du contrôle concret, la conception selon laquelle cet outil ne serait pas une modalité de contrôle hiérarchique est également porteuse d'une définition critiquable de la notion de conformité ou de contrariété lorsqu'elle s'applique à deux normes.

109. Possible conformité : nécessaire distinction entre ingérence et atteinte D'après la conception critiquée, « *la norme contrôlée (la loi) est par nature contraire à la norme de*

¹ Arens (Chantal), « Conclusion », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 128.

² Pour le Premier président Soulard, si le rôle du juge est d'abord d'appliquer la loi et de la clarifier si nécessaire en prenant en compte l'intention du législateur et les évolutions de la société, « *il doit aussi écarter la loi lorsque celle-ci apparaît contraire à des normes européennes. En faisant cela, il ne fait que respecter la volonté du législateur, qui a autorisé la ratification de conventions internationales, et du pouvoir constituant, qui a aménagé la Constitution pour permettre la conclusion de certaines de ces conventions* ». Ce propos, qui ne semble pas traiter spécifiquement du contrôle concret, y est pourtant applicable, comme l'indique l'affirmation, dans le paragraphe précédent, que « *on aimerait qu'il fasse fi des principes que le législateur a posés lorsque les conséquences particulières de ces principes sont difficiles à assumer* ». Soulard (Christophe), Discours prononcé lors de l'installation de son audience solennelle d'installation comme Premier président de la Cour de cassation le 18 juillet 2022, disponible sur le site internet de la Cour.

³ Fabre-Magnan (Muriel) et Brunet (François), *Introduction générale au droit*, PUF, 2022 (2^e édition), n°196.

⁴ *Ibidem*.

*contrôle (tel droit, telle liberté) »*¹. Une telle vision défend une conception en quelque sorte maximaliste des droits et libertés fondamentaux, disant contraire à un droit fondamental toute norme de valeur inférieure intervenant sur le terrain de ce droit. En tirer les conséquences nécessite soit de conclure à la non-conformité de tous les textes de loi encadrant l'exercice d'une liberté fondamentale, ce qui n'est ni envisageable ni envisagé, soit de renoncer à tout contrôle du respect de la hiérarchie des normes au profit des droits fondamentaux, étant donné que ceux-ci ne pourraient être respectés que s'ils sont laissés immaculés. Cette vision maximaliste des droits fondamentaux reviendrait à les vider de toute portée pratique, en faisant un objet intouchable, sacré.

Une telle vision des droits fondamentaux se retrouve sous la plume d'auteurs adoptant une vision critique de leur développement. Elle ne peut en effet conduire en pratique qu'à leur dénier toute vocation à l'effectivité, tant il paraît difficile d'insérer dans un système complexe des règles à ce point insusceptibles d'interprétation et d'adaptation. Monsieur Gauchet envisage ainsi que le développement des droits fondamentaux soit un facteur de radicalisation des individus et de dissolution de l'ordre social. Devenant conscients de leurs droits fondamentaux, ces individus verraient leurs revendications prendre « *une valeur absolue, sur laquelle il est hors de question de transiger* »².

Il est possible de contredire cette conception en distinguant l'atteinte au droit de la simple ingérence. L'atteinte, se distinguerait organiquement de l'ingérence, car la première affecterait la substance, provoquant sa modification³, lorsque la seconde ne désignerait qu'une action périphérique à cette substance. Seule une ingérence trop forte serait à même d'atteindre la substance d'un droit fondamental, dégénérant en atteinte. En deçà de ce seuil, l'ingérence serait la manifestation du pouvoir légitime du législateur de préciser le régime et les conditions d'exercice des droits et libertés fondamentaux garantis par des textes de valeur supra-législative⁴.

Cette analyse est utilisée par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui convoque

¹ Chénéde (François), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 796.

² Gauchet (Marcel), « Que faire des droits de l'homme ? », *Revue des deux mondes*, Février-Mars 2018, p. 8 et s.

³ L'étymologie du mot se rapproche de celle du verbe « toucher » (Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, entrée « atteindre », Le Robert, 2016).

⁴ Monsieur Fulchiron utilise, sans la détailler, une telle distinction dans le cadre du contrôle de proportionnalité devant les juridictions judiciaires françaises. Voir par exemple un article où, au sujet de l'argumentation des demandeurs au contrôle de proportionnalité, il décrit un moyen maladroite soutenant la disproportion en relevant que le texte de loi contesté porte atteinte « *en tout état de cause* » au droit conventionnellement garanti, alors qu'il ne s'agit pas d'un cas d'inconventionnalité abstraite, mais seulement de possible inconventionnalité concrète, non retenue en l'espèce (l'affaire portait sur le délai de prescription des actions en contestation de la filiation corroborée par la possession d'état et a été jugée par la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation le 6 juillet 2016, n°15-19.853). Fulchiron (Hugues), « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1980.

régulièrement la notion de substance d'un droit¹, bien qu'elle ne semble pas en produire de définition. Elle apparaît comme le noyau dur de ce droit, sa dimension intangible, qui ne pourrait être touchée sans remettre en cause l'effectivité de la garantie de ce droit². Autrement dit, un droit fondamental présenterait une certaine ductilité, pouvant voir ses conditions d'exercice régies par le législateur, mais ne pourrait être plié par lui au-delà d'un certain point sans rompre³.

Dans un vocabulaire différent⁴, cette appréciation se retrouve sans doute dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui affirme depuis la décision dite IVG⁵ son rôle de contrôle de conformité de la loi aux droits et libertés garantis par le Bloc de constitutionnalité et la différence de nature de son pouvoir d'appréciation et de décision vis-à-vis de celui du parlement, justifiant la capacité de ce dernier à encadrer l'exercice des droits garantis⁶.

La loi intervenant sur le terrain d'une liberté fondamentale pour en préciser le régime pourrait parfaitement lui être conforme, faisant de la non-conformité une simple possibilité, un accident, et rendant tout son sens à l'idée de contrôle du respect de la conformité. Cela rend possibles tant le contrôle abstrait, vérifiant la conformité de la loi à la norme fondamentale (également sans objet dans l'hypothèse de la contrariété essentielle de la loi avec la liberté garantie), que le contrôle concret, effectuant cette même vérification *in casu*. Dès lors « le “contrôle de proportionnalité” dont il est ici question n'est en fait qu'une méthode du contrôle de

¹ Par exemple, sur le terrain du droit d'accès au juge inféré du droit à un procès équitable décrit par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'arrêt dit Geouffre de la Pradelle énonce clairement que le droit à un tribunal « ne revêt pas un caractère absolu : il peut donner lieu à des limitations, mais elles ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ». Cour européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 1992, n° 12964/87, affaire Geouffre de la Pradelle c/France.

² Aucune définition de la substance d'un droit n'apparaît dans les manuels et encyclopédies consultés sur la Cour européenne des droits de l'Homme, lesquels se limitent à présenter les applications faites par la Cour de cette notion. Une thèse sur le sujet retient que « le principe d'interdiction d'atteinte à la substance du droit renvoie non seulement à une interdiction absolue de porter une atteinte à la substance, laquelle implique une attention prioritaire, mais également à une atteinte conçue comme une frontière absolue, autrement dit, indépassable en tant que telle » (Rouzière-Beaulieu (Olivia), *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Montpellier, 2017, n° 132).

³ Cette réflexion ne s'applique pas aux droits fondamentaux dits absolus. Un droit absolu est insusceptible d'ingérence. Son périmètre, en quelque sorte, se confond avec celui de sa substance. C'est par exemple le cas de l'interdiction de la torture (Article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme).

⁴ Le Conseil constitutionnel utilise également la notion de non-dénaturation, « tout à fait comparable à celle » de substance (Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick), Ghevontian (Richard) *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2023 (25^e édition), n°1314).

⁵ Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, n°74-54 DC, tout particulièrement considérant n°1 : « considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ».

⁶ Sur l'utilisation de ce considérant par le Conseil constitutionnel, voir Altwegg-Boussac (Manon), « La “nature” de l'“appréciation du Parlement” selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, *et cetera* », *La revue des droits de l'Homme*, Revue en ligne du CREDOF, 2021, n°20.

conventionnalité [visant] à apprécier si des atteintes à des droits ou libertés protégés par les textes de référence (en l'occurrence la CESDH) sont acceptables »¹.

2 : Conséquence : un contrôle hiérarchique

110. **Contrôle hiérarchique concret** Après avoir soutenu que l'objet analysé dans le contrôle de proportionnalité, à savoir la conformité à un droit ou une liberté fondamentale de l'application de la loi à une situation concrète pouvait aussi bien donner lieu à un constat de conformité ou de non-conformité, la pertinence de la qualification de cet outil comme un contrôle du respect de la hiérarchie des normes apparaît. C'est son caractère concret qui différencie essentiellement le contrôle de proportionnalité du contrôle de conventionnalité ou de constitutionnalité, leur objectif de vérification de la conformité entre deux normes les rapprochant.

Cela conduit à critiquer toute argumentation s'opposant au contrôle de proportionnalité comme remettant en cause son caractère hiérarchique. Ce faisant, les pouvoirs du juge réalisant un contrôle de proportionnalité commencent à apparaître plus clairement. En effet, le juge doit justifier son raisonnement par un discours fondé sur la hiérarchie des normes, précisant la norme fondamentale dont il est question, ainsi que son rapport avec la situation de fait et la règle légale qui doit la régir en application du syllogisme. Cela distend le lien qui peut être fait entre contrôle de proportionnalité et jugement en équité². En effet, « *le rapprochement entre contrôle concret et équité est délicat lorsqu'il assimile cette forme de contrôle à une décision qui, n'étant pas fondée sur la loi, serait ipso facto rendue en équité* »³. L'appartenance du contrôle de proportionnalité à la panoplie des outils de vérification de la conformité de la hiérarchie des normes implique en effet « *qu'une décision peut ne pas être fondée sur la loi, et néanmoins être fondée sur du droit, puisé à une autre source, en l'occurrence supérieure à la loi, celle de la Convention* »⁴. Le juge Potocki relève pareillement que « *censurer les contraintes excessives ou inutiles d'une règle dans un cas particulier ou arbitrer un conflit de règles dans une situation spécifique ne revient pas à censurer ces normes mais à les appliquer selon les limites posées*

¹ Chauvet (Alex), « Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge judiciaire à la lumière du droit constitutionnel : Réflexions au regard du principe de séparation des pouvoirs et du principe d'égalité devant la loi », *Revue Justice Actualités*, n°24, ENM, Décembre 2020, p. 30.

² Sur la complexité de la notion d'équité, voir *infra* n°466 et s.

³ Deumier (Pascale), « Contrôle de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578.

⁴ *Ibidem*.

par le droit »¹.

Cependant, dire cela ne décrit le contrôle de proportionnalité que de manière très abstraite, ne précisant pas quelle consistance ce rapport entre les règles dont la hiérarchie est contrôlée doit avoir. Défendre l'hypothèse du caractère hiérarchique du contrôle de proportionnalité ne clôt pas la critique qui peut être faite de cet outil, en restreignant seulement le périmètre. Demeure « *la vraie question politique et non juridique de fond : quelle(s) limite(s) pour le contrôle judiciaire de la loi commune au nom des droits individuels* »² ? Les raisonnements ici exposés permettent seulement d'avoir la ferme espérance que la réponse à cette question soit en partie juridique, et non seulement politique.

111. Contrôle innovant Le contrôle de proportionnalité, outil de vérification de la conformité de la hiérarchie des normes, interdit au juge de justifier une décision par son bon vouloir, le forçant à présenter son raisonnement comme une application de la pyramide normative. L'équité, dans sa forme la plus vulgaire et fruste³, assimilable à l'arbitraire, serait écartée, par cette redécouverte de la portée des droits fondamentaux et de leur force « *potentiellement subversive* »⁴ vis-à-vis de la loi. Comme l'explique clairement Madame Fabre-Magnan, « *qu'il existe des droits fondamentaux n'est pas discutable ; que l'atteinte à ces droits ne puisse être justifiée lorsqu'elle dépasse un seuil de proportionnalité ne l'est pas davantage, dès lors que les règles du droit objectif sont censées servir les droits fondamentaux* »⁵. Bien qu'assis sur un principe de hiérarchie connu, le contrôle de proportionnalité présente un véritable caractère novateur, potentiellement disruptif d'un certain ordre établi.

Ces réflexions situent par conséquent la critique du contrôle sur un terrain autre que la question de son caractère hiérarchique, ne l'éteignant nullement, et n'y répondant que sur ce point précis. Ce terrain se trouve plus en aval du raisonnement, la critique générale sur le fondement du contrôle de proportionnalité ayant trouvé sa réponse. Si l'équité crainte s'agissant du contrôle ne peut pas provenir d'une absence d'assise de ce contrôle de proportionnalité sur toute norme de valeur supra-législative, elle peut faire à nouveau son apparition dans la technique de réalisation du contrôle, son incarnation dans la pratique du juge. Affirmer le caractère

¹ Potocki (André), « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in États généraux de la justice civile — Réflexions à partir du rapport Sauvé — Colloque du 15 septembre 2022, *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2022, supplément au n° 41, p. 17.

² Chénéde (François), « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 829.

³ Sur toute la complexité du rapport entre équité et contrôle concret, voir *infra* 482 et s.

⁴ Fabre-Magnan (Muriel) et Brunet (François), Introduction générale au droit, PUF, 2022 (2^e édition), n°196.

⁵ *Ibidem*.

hiérarchique du contrôle, en effet, ne renseigne guère sur les conséquences de ce caractère sur la réalité de la pratique, qui pourrait parfaitement permettre au juge de justifier d'appliquer une décision issue de sa subjectivité en la maquillant d'un raisonnement sur la conformité des normes. Ces réflexions ne renseignent d'ailleurs guère plus sur les effets du contrôle de proportionnalité au niveau individuel d'une affaire considérée, ou au niveau global. Il convient dès lors d'observer de plus près la réalité du contrôle de proportionnalité.

Section II : La pratique de l'appréciation concrète de la hiérarchie des normes

112. **Pratique de la concrétisation** Le contrôle de proportionnalité permet, ce qui est nouveau dans le système juridique français, de vérifier concrètement si une loi appliquée dans une situation précise produit un résultat conforme aux textes de valeur supérieure. Cependant, du fait de son caractère innovant, l'outil qu'est le contrôle de proportionnalité n'est qu'imparfaitement décrit par cette proposition. Dire, en effet, que le contrôle de proportionnalité permet de s'assurer du respect *in concreto* de la hiérarchie des normes ne renseigne que de manière très médiate et parcellaire sur la manière dont cette appréciation concrète est réalisée. Une meilleure compréhension de cette pratique du contrôle de proportionnalité est pourtant nécessaire pour apprécier les effets de l'utilisation de cette méthode de raisonnement, et pouvoir entrevoir ses conséquences. Avant de voir quels sont, dans une situation donnée, les outils que le contrôle peut mobiliser pour conclure à la conformité de la loi (**Paragraphe II**), il est utile de s'interroger sur la manière dont le contrôle de proportionnalité permet de contrôler le respect de la hiérarchie à la lumière de la situation factuelle (**Paragraphe I**).

Paragraphe I : Le contrôle factuel du respect de la hiérarchie

113. **Définition de l'objet contrôlé** Parler du contrôle de proportionnalité comme un outil permettant de confronter dans un même raisonnement la hiérarchie des normes et une situation factuelle interroge. En effet, les deux éléments présentent des natures très différentes. La hiérarchie des normes est une construction de règles qui, quoique présentant des degrés de précision variables, sont toutes des normes générales, pensées pour s'appliquer à une variété de situations, et concernant toutes les personnes soumises à un ordre juridique. À l'inverse, la situation appartient au monde du fait, décrivant le produit de la somme d'évènements contingents et de choix qui crée la position d'un individu à un moment de sa vie. Il est difficile de se figurer les interactions qui peuvent exister entre ces deux notions au-delà

de la subsumption de la situation dans le droit que permet le syllogisme. Pour comprendre comment le contrôle de proportionnalité permet ce dialogue entre le fait et le droit, il est nécessaire d'explorer la manière dont il prend en compte le droit appliqué à une situation concrète au lieu de ne considérer la règle de droit que sèchement (**A**), avant de voir plus précisément quelle est cette situation prise en compte par le contrôle (**B**).

A : L'appréciation du droit en situation

114. **L'objet contrôlé : la loi appliquée** Afin de mieux saisir la manière dont le contrôle de proportionnalité permet la prise en compte du droit appliqué à une situation donnée, il est éclairant de préciser en quoi ce point précis le distingue du contrôle abstrait de la hiérarchie (**1**), avant d'envisager comment ce contrôle hiérarchique est renouvelé par la prise en compte du fait (**2**).

1 : Différence avec le contrôle hiérarchique abstrait

115. **Postériorité du contrôle concret** Sur le plan historique, le contrôle de proportionnalité est apparu postérieurement au contrôle *in abstracto* de la hiérarchie des normes. Pendant longtemps, ce contrôle abstrait a été le seul possible durant une instance devant le juge judiciaire ou administratif. Désormais, les deux formes de contrôle cohabitent, il serait envisageable de les placer sur un pied d'égalité, permettant au demandeur d'opter pour le contrôle qui lui semble le plus à même de mener au succès de ses prétentions. Cependant, dans la poursuite de l'objectif de la conformité des textes de loi avec les normes de valeur supérieures, cela ne serait pas véritablement cohérent. En effet, une telle démarche impliquerait de pouvoir questionner la conformité concrète d'un texte dont la conformité abstraite n'a pas été établie, c'est-à-dire de se demander si un texte potentiellement contraire dans sa globalité à un droit ou une liberté garantie par un texte de valeur supérieure peut être appliqué en pratique.

Techniquement, rien ne semble rendre impossible un tel contrôle. Il est en effet parfaitement imaginable qu'un texte soit d'une conformité abstraite douteuse car, dans un très grand nombre de situations, il entre frontalement en conflit avec une liberté fondamentale, mais que, dans une situation donnée, des éléments spécifiques fassent que son application à l'espèce ne pose pas de problème. Cette situation hypothétique peut être illustrée avec la prohibition d'établir un double lien de filiation pour l'enfant issu d'un inceste absolu¹. Cette disposition, procédant par renvoi, vise les enfants nés d'une relation entre « *tous les ascendants et descendants et les alliés*

¹ Code civil, article 310-2.

dans la même ligne »¹ ainsi qu'entre frère et sœur², qui ne peuvent voir leur filiation établie qu'avec un seul de leurs parents biologiques. Si l'interdit à mariage entre ces personnes est établi sur une solide base biologique, sociologique et historique³, son rejaillissement sur la filiation de l'enfant pouvant naître de leur union est critiqué, faisant rejaillir sur l'enfant de fâcheuses conséquences durant sa minorité en cas de disparition de l'un de ses parents ainsi qu'en matière successorale. Certains auteurs s'accordent pour dire cette impossibilité d'établir le double lien de filiation en danger⁴, pointant un risque de non-conformité avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle poursuit pourtant un objectif double de protection de l'enfant et de protection de la société⁵. Il serait dès lors parfaitement concevable que le texte soit abstraitement contraire à la Convention, mais que, dans une situation particulière, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et ses deux parents frappés d'une interdiction absolue à mariage provoque pour cet enfant des conséquences particulièrement dommageables. La prohibition, abstraitement non conforme, serait proportionnée dans son cas particulier. Par exemple, ce pourrait être le cas si l'enfant a été conçu à la suite d'un viol, situation bien différente de celle où l'enfant est né d'un frère et d'une sœur qui n'ont pas été élevés ensemble, pourtant pareillement frappée par l'interdiction d'établir le double lien de filiation.

Comment la question de la conventionnalité concrète de cette prohibition pourrait-elle se poser en pratique ? La chose est imaginable si le demandeur au contrôle n'argumente que sur son affaire concrète, soutenant que la prohibition est disproportionnée en l'espèce, sans rien dire de la conventionnalité abstraite du texte. Une telle argumentation serait surprenante et bien peu raisonnable du point de vue de la stratégie pour une disposition dont la compatibilité abstraite est, par hypothèse, sujette au doute, posant la question de la responsabilité de l'avocat l'ayant élaborée, mais elle n'en est pas moins possible. Le défendeur répondrait alors en argumentant que les effets du texte ne sont pas contraires *in casu* aux normes supérieures. Il n'est pas du tout certain que le juge recevrait un tel moyen sans que la conventionnalité abstraite n'ait été évoquée, mais, s'il en était ainsi, un texte qui n'a pas été vérifié *in abstracto* et est de ce fait

¹ Code civil, article 161.

² Code civil, article 162.

³ Batteur (Annick), « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2000, p. 759.

⁴ Perrin (Ségolène), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2010, n°6, étude 16, Guével (Didier), « La famille incestueuse », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2004, n°290, p. 2.

⁵ Terré (François), Fenouillet (Dominique) et Goldie-Génicon (Charlotte), *La famille*, Dalloz, 2018, n°421 (9^e édition).

potentiellement inconstitutionnel pourrait trouver à s'appliquer à l'issue d'un contrôle *in concreto*.

116. **Maintien du caractère second du contrôle concret** S'il semble par conséquent nécessaire de modérer l'affirmation selon laquelle « *la question de l'inconstitutionnalité concrète ne peut pas se poser à propos d'une norme législative reconnue inconstitutionnelle in abstracto puisque toute mise en œuvre individuelle d'une telle norme est nécessairement inconstitutionnelle* »¹, il faut bien reconnaître qu'une telle possibilité ne semble guère satisfaisante. En effet, elle permettrait la survivance dans des cas d'espèce d'un texte qui est pourtant non-conforme *in globo* à un droit fondamental. Cela brouillerait le schéma de la hiérarchie des normes, et rendrait floues les conséquences du contrôle abstrait. L'inutilité d'une telle démarche est d'ailleurs pointée, puisque « *point n'est besoin en effet de se poser la question de la constitutionnalité de l'application in casu d'une règle qui serait intrinsèquement contraire aux droits et libertés fondamentaux* »², le demandeur ayant d'ailleurs intérêt à soutenir à la fois l'inconstitutionnalité abstraite et concrète, présentant de ce fait une argumentation au spectre plus large. Il semble, de fait, que cette situation soit impossible du fait de la pratique du contrôle de proportionnalité, qui semble le placer comme second par rapport au contrôle abstrait. Le contrôle concret constitue en quelque sorte un moyen à titre subsidiaire, n'étant réalisé qu'en cas d'échec du contrôle abstrait.

Devant le juge judiciaire, cette priorité du contrôle de constitutionnalité abstrait n'est pas exprimée avec une clarté absolue. Le *vademecum* élaboré par la Cour de cassation³ se concentre en effet sur le contrôle concret, ne précisant pas quelles sont les étapes préalables. Il semble toutefois que les étapes premières du contrôle postulent la conformité abstraite du texte contrôlé avec les droits et libertés fondamentaux. Par exemple, dans un arrêt contrôlant la proportionnalité du délai de prescription des actions aux fins d'établissement de la filiation, il est noté que ces restrictions de la possibilité d'agir « *constituent des mesures nécessaires pour parvenir au but poursuivi et adéquates au regard de cet objectif* »⁴, ce qui semble établir que

¹ Petit (Jacques), « L'arrêt Nicolo et la nature du contrôle de constitutionnalité de la loi », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 177 et s.

² Fulchiron (Hugues), « *Vade mecum* du contrôle de constitutionnalité », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2019, n°2, p. 20.

³ *Mémento du contrôle de constitutionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018*.

⁴ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 2 décembre 2020, n°19-20.279, Note Égéa (Vincent), « Le délai décennal de prescription résiste au contrôle de proportionnalité », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n°3, Comm.

les délais en question ne posent pas abstraitement de problème, leur existence étant justifiée et leur quantum bien pesé. De plus, la Cour poursuit en retenant que « *cependant, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise* »¹, les délais ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La tournure de la phrase et l'utilisation de l'adverbe « *cependant* » ne laissent guère de doute sur le fait que la conventionnalité abstraite du texte soit acquise et ait été vérifiée par le juge.

Le Conseil d'État fait montre d'une clarté beaucoup plus grande en notant, dans son arrêt Gonzalez-Gomez sur l'exportation de gamètes postérieurement au décès de leur producteur, que les dispositions légales empêchant sa veuve d'en disposer « *ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8* »². À la suite, la juridiction administrative énonce encore plus clairement que « *toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention* »³. Comme le relèvent deux conseillers d'État, « *si le considérant de principe place les deux contrôles sur le même plan, la décision semble ensuite marquer une forme de priorité du contrôle in abstracto sur le contrôle in concreto : ce n'est que si la loi n'est pas totalement ou en partie inconstitutionnelle qu'une seconde chance est*

37 ; Égéa (Vincent), *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n° 4, p. 10 ; Garrigue (Jean), « On n'a pas l'éternité devant soi pour faire constater la possession d'état », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2021, n° 2, p. 41 ; Gouttenoire (Adeline), Farge (Michel), Favier (Yann), Lamarche (Marie) et Rebourg (Muriel), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2021, n° 7, p. 357 ; Hilt (Patrice), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 657 et Leroyer (Anne-Marie), « La prescription des actions relatives à la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité : une épreuve inutile ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2021, n° 1, p. 114.

¹ Cour de cassation, arrêt précité.

² Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, n°396848, Note Afroukh (Mustapha), « Le juge des référés, censeur de la loi ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n° 24, p. 23 ; Binet (Jean-René), « Insémination post-mortem : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal ! », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n° 9, p. 16 ; Cheynet de Beaupré (Aline), « La France refile le bébé à l'Espagne », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2016, n° 7, p. 38 ; Delvolvé (Pierre), *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 754 ; Deygas (Pierre), « Le contrôle de conventionnalité et le juge du référé-liberté », *Procédures*, LexisNexis, 2016, n° 7, p. 35 ; Haftel (Bernard), « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1477 ; Hauser (Jean), « Procréation médicalement assistée post mortem : le début du délitement ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 600 ; Le Maigat (Patrice), « La vie... au-delà de la mort ou l'insémination post mortem à nouveau en question », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n° 27, p. 16 ; de Montecler (Marie-Christine), « Insémination post-mortem : autorisation d'exportation de gamètes », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1204 ; Vauthier (Jean-Philippe) et Vialla (François), « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2016, n° 29, p. 1479 ; Vessaud (Richard), « Donner la vie après la mort ? », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n° 9, p. 37.

³ Conseil d'État, arrêt précité.

donnée au moyen du requérant, le juge acceptant de faire une sorte d'exception à la conventionnalité de la loi si les conséquences de son application au cas de l'espèce sont si excessives et singulières que la convention s'en trouve méconnue»¹.

La postériorité du contrôle de la hiérarchie *in concreto* par rapport au contrôle *in abstracto* semble bien établie, ce qui n'est pas sans conséquence sur cet objet d'étude.

117. Conséquence : Rareté de la disproportion manifeste Si le contrôle de proportionnalité est postérieur à un contrôle abstrait du respect de la hiérarchie des normes, cela implique qu'il ne peut porter que sur l'application d'un texte abstraitement conforme aux droits et libertés fondamentaux. En effet, si le juge constatait la non-conformité abstraite d'un texte, il ne pourrait que renoncer à son application sans même envisager un contrôle de proportionnalité qui serait vidé de toute utilité et pertinence, illustrant le caractère subsidiaire du moyen demandant un contrôle *in concreto*.

Il s'en déduit que les textes qui passeront cette première étape du contrôle abstrait seront applicables dans un grand nombre de situations et ne donneront lieu à un résultat non conforme que lorsqu'ils seront appliqués à des faits très spécifiques. En effet, s'ils devaient donner lieu à un tel résultat dans un grand nombre de situations factuelles, le juge aurait dû conclure à leur non-conformité générale, constatant que les prévisions de la loi ne conviennent pas au *plerumque fit*. Par conséquent, la non-conformité concrète ne prendra corps que dans des situations rares et originales, et pourra se manifester d'une manière discrète, c'est-à-dire en ne se différenciant qu'à la marge d'une situation où l'application du texte aurait été conforme aux droits garantis.

Il en ressort que, après ce premier filtrage du contrôle abstrait de conformité, les non-conformités concrètes qui demeureront seront rarement manifestes, car les cas les plus extrêmes n'auront pas résisté au contrôle abstrait. Cela vient complexifier ce contrôle de la hiérarchie à la lumière du fait que permet le contrôle de proportionnalité.

2 : Contrôle de la hiérarchie à la lumière du fait

118. Une norme conforme à un fait : idée dépourvue de sens Il est établi que le contrôle abstrait vérifie la conformité de deux normes considérées abstraitement, sèchement, ou, plus précisément, la conformité de la norme inférieure à celle qui la surplombe. En raisonnant *a contrario*, il apparaîtrait que le contrôle concret vérifie la conformité d'une

¹ Dutheillet de Lamothe (Louis) et Odinet (Guillaume), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas ?* », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 1398.

situation de fait à une norme. Or, il semble que ce raisonnement soit inexact. En effet, le fait et la norme sont substantiellement différents et ne sont pas liés par un rapport de hiérarchie. La notion de conformité ne semble pas appropriée pour décrire le lien devant unir ces deux entités. Dire qu'une situation de fait n'est pas conforme à une norme reviendrait en effet à dire que la norme est à même d'agir directement sur le monde du fait pour le modeler, ce qui donnerait une vision trop resserrée du lien entre le fait et la norme, quand le rapport entre les deux suppose la médiation de l'individu. Tout juste une situation de fait peut-elle rentrer dans les prévisions d'une norme, c'est-à-dire se trouver décrite par celle-ci, permettant de conclure à la nécessité d'appliquer à cette situation les conséquences de droit prévues par la norme, le régime désigné par celle-ci. Le raisonnement permettant cela est le syllogisme. Il diffère du contrôle de proportionnalité, car il a pour objet de qualifier une situation, c'est-à-dire de vérifier la compatibilité plutôt que la conformité, la compatibilité n'impliquant pas que les deux objets considérés doivent se conformer l'un à l'autre pour répondre à une obligation.

Bien sûr, il ne serait pas plus exact de décrire le contrôle concret comme vérifiant la conformité de deux normes, celle de valeur inférieure avec celle de valeur supérieure, ce qui ne distinguerait pas notre objet du contrôle abstrait. Il apparaît impossible d'analyser concrètement la conformité de pur fait quant à la norme, de même qu'il est impossible d'analyser concrètement la conformité de deux normes l'une avec l'autre.

Face à cette double impossibilité, le contrôle de proportionnalité concrétise son analyse en prenant en compte une situation de fait à laquelle une norme est appliquée avec une norme de valeur supérieure. Le syllogisme, qui permet de subsumer dans le droit une situation de fait afin de déterminer quel régime doit s'y appliquer, précède nécessairement le contrôle de proportionnalité. Cette application du régime est ce qui est pris en compte par le contrôle de proportionnalité. Ce n'est ni la loi, ni le fait dont la conformité est contrôlée, mais le droit appliqué au fait, le droit en action, en application, l'effet du droit sur le fait, un tout constitué par « *l'ensemble des données de droit et de fait de l'espèce* »¹.

119. Implications Cette présence de la situation factuelle dans le contrôle de proportionnalité, si elle n'opère pas un remplacement de la norme mais une adjonction, marque encore la différence du contrôle de proportionnalité avec le contrôle abstrait de la conformité. La conséquence en est que l'objet du contrôle, ce dont la conformité avec la norme supérieure est vérifiée, est une entité spécifique, un mélange de fait et de droit, qui porte la marque

¹ Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 656.

indélébile de la situation factuelle de l'affaire, une création composite.

Le contrôle de proportionnalité présente une plus grande spécificité que le contrôle abstrait. Il permet en effet, en analysant cette rencontre unique entre fait et droit, de déceler des situations d'irrespect de la norme supérieure qui ne pourraient pas l'être avec l'outil classique qu'est le contrôle abstrait. En effet, le contrôle abstrait, qui exclut le fait de son raisonnement, réalise des appréciations générales, lorsque le contrôle concret, infusé par le fait, s'intéresse à une situation précise, permettant de détecter des cas où les normes sont compatibles entre elles, mais pas leur application dans le monde réel.

Ce caractère composite de l'objet du contrôle de proportionnalité implique aussi que, dans sa complexité, chaque contrôle sera dans une certaine mesure unique. S'il est toujours possible de monter en généralité à partir des éléments d'un contrôle, chaque réalisation présentera dans une certaine mesure un caractère unique irréductible. En effet, chaque contrôle est construit à partir d'éléments factuels sans que ceux-ci ne soient sélectionnés et simplifiés par les conditions d'application strictes d'un texte de loi.

Pour tirer les conséquences de cette prise en compte du fait au sein d'un objet composite accueillant également le régime applicable, il convient de voir que ces deux éléments forment une situation. Celle-ci, utilisée par le juge dans le contrôle de proportionnalité, comporte différentes facettes.

B : La situation prise en compte par le contrôle

120. **L'objet contrôlé : la loi appliquée à une situation** La prise en compte de la situation par le juge réalisant le contrôle de proportionnalité, dans laquelle la concrétisation du contrôle se matérialise, est complexe. Le juge doit en effet considérer la situation non seulement dans le présent, lorsque le litige se présente à lui (1), mais aussi dans le futur, anticipant les effets de sa décision afin d'éviter qu'un résultat contraire aux normes fondamentales ne se produise (2).

1 : La situation dans le présent

121. **Faits de l'espèce** Les premiers éléments que les parties peuvent invoquer au fondement d'un moyen de contrôle de proportionnalité sont les faits de l'espèce. Ces faits de l'espèce sont constitués par les différents éléments factuels qui constituent la situation des parties au moment de l'introduction de leur demande. Il s'agira d'évènements passés ou présents de leur vie. En premier lieu, ces éléments factuels seront ceux nécessaires au syllogisme construit préalablement au contrôle de proportionnalité, ce syllogisme nécessitant

la réunion d'un nombre de conditions factuelles déterminé par la loi.

De surcroît, les faits invoqués ne se limiteront pas à ceux nécessaires au syllogisme¹. Le contrôle de proportionnalité permet en effet d'invoquer des faits non pertinents dans le syllogisme, mais qui permettent de mieux saisir la situation des parties au-delà des angles morts que peut induire un raisonnement syllogistique contraint. Tous les faits disponibles sont susceptibles d'être invoqués, pour peu qu'ils s'inscrivent dans une argumentation cohérente au soutien de la violation concrète d'un droit ou d'une liberté fondamentale, ou en défense du soutien de la non-violation.

122. **Insuffisance** Cependant, bien que cette ouverture aux faits marque un élargissement notable par rapport au syllogisme, cette somme de faits passés et présents ne suffit pas à argumenter de manière convaincante au soutien d'un contrôle de proportionnalité. En effet, l'objet d'un tel contrôle est de soutenir que l'application à la situation des parties du régime prévu par la loi applicable provoquerait un résultat non conforme aux droits fondamentaux garantis par des textes de valeur supra-législative.

Dans certaines situations, la contrariété invoquée produit ses effets dans le présent, et les faits du passé et du présent peuvent suffire à soutenir le non-respect des textes supra-législatifs. Est ici envisageable la situation où est contrôlée la proportionnalité d'un délai de prescription appliqué à une situation. Le délai étant échu, la prescription produit tous ses effets, et leur prise en considération permet d'apprécier si les droits et libertés fondamentaux sont respectés *in casu* par cette prescription. C'est par exemple le cas dans un arrêt où la Cour de cassation² valide le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour d'appel³ de l'application à une situation d'espèce du délai de prescription de l'action en recherche de paternité⁴. La Cour de cassation retient qu'il « *appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces délais légaux de prescription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'intéressé* ». Faisant référence à la mise en œuvre du délai, la Cour de cassation indique qu'il n'est point besoin de spéculer pour réaliser le contrôle, et que la simple prise en compte des effets que le délai de prescription produit sur la situation des demandeurs suffit à statuer. Cette affirmation est toutefois à minorer en remarquant que le juge contrôlant la proportionnalité pourra inclure dans sa réflexion, qu'il

¹ *Supra* n°77.

² Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 2 décembre 2020, n°19-20.279, Note Égée (Vincent), « Le délai décennal de prescription résiste au contrôle de proportionnalité », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n°3, Comm. 37.

³ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 16 mai 2019.

⁴ Code civil, article 321.

le rende ou non visible dans sa décision, les effets escomptés de celle-ci. Une décision de disproportion qui ne serait pas à même d'améliorer la situation posant problème au regard des droits et libertés fondamentaux serait en effet vaine et nocive.

L'insuffisance des faits présents et passés sera en revanche manifeste dans d'autres situations où le juge devra nécessairement apprécier les effets de l'application de sa décision. Ici, les effets concrets dont la conformité aux droits et libertés est contestée par le contrôle de proportionnalité ne sont pas tant ceux du présent que ceux qui résulteraient de l'application du régime désigné par le syllogisme. C'est par exemple le cas dans la situation où le juge doit appliquer la loi prescrivant l'annulation d'un mariage incestueux¹. Dans cette hypothèse, si les demandeurs sont mécontents de la situation avant le jugement, consistant en l'union maritale de deux personnes entre lesquelles existe pourtant un interdit, le défendeur, qui sera à l'origine du moyen de disproportion s'en satisfait pleinement. Il redoute au contraire les effets de l'annulation que le juge appliquant le raisonnement syllogistique sera amené à prononcer si les conditions en sont réunies, et demande le maintien du *statu quo*. La prise en compte de la situation doit pouvoir s'étendre au-delà des faits contemporains à l'instance.

2 : La situation dans le futur : regard prospectif du juge

123. **Des faits aux effets** Face à cette impossibilité d'utiliser les faits passés et présents pour apprécier la conformité aux droits et libertés fondamentaux de l'application d'une loi de manière satisfaisante, les éléments factuels pris en compte doivent évoluer. Particulièrement là où l'objet du contrôle est d'apprécier si l'application de la loi à une situation ne produira pas des résultats disproportionnés, le juge doit se tourner vers le futur. Après avoir mené un raisonnement syllogistique avec les éléments factuels présents, lequel aura désigné le régime applicable établi par la loi, il lui faudra prendre en compte les effets de l'application du régime désigné, en réalisant une relecture conséquentialiste. Plus précisément, le juge s'interrogera pour savoir dans quelle mesure l'application de ce régime porte atteinte au droit fondamental invoqué par le demandeur au contrôle de proportionnalité par rapport au but poursuivi par l'ingérence dans ce droit fondamental. Cela lui permettra d'apprécier globalement la situation à laquelle donnera lieu l'application du régime, prenant en compte tous les intérêts en cause.

Dans cette démarche prospective, le juge pourra s'appuyer du regard critique sur l'argumentation de chacune des parties qu'il trouvera dans les conclusions de l'autre. Le

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n°12-26.066 ou Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 décembre 2016, n°15-27.201.

demandeur cherchera en effet à présenter les conséquences redoutées de l'application du régime à sa situation, invoquant les faits spécifiques à même de justifier une éviction *in casu* de la loi. Inversement, le défendeur soutiendra que la situation ne se distinguera pas du *plerumque fit*, permettant au régime désigné par la loi de déployer ses conséquences de manière normale, en conformité avec les droits fondamentaux.

124. **Exemple** La chose est par exemple visible dans un arrêt où il est question de l'expulsion de l'occupant sans titre d'un terrain y ayant établi sa résidence principale et se prévalant à tort du bénéfice de l'usucapion¹. Le demandeur au contrôle de proportionnalité, qui n'a pas été entendu par la Cour de cassation, soutenait que son expulsion provoquerait un résultat non conforme à son droit au respect de son domicile garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Pour cela, il invoquait son état de vulnérabilité, son grand âge, ainsi que, de manière floue, sa « *situation particulière* »². Ici, le demandeur au pourvoi se satisferait parfaitement du *statu quo* qui lui permettrait de continuer à résider sur le terrain qu'il occupe sans titre. La violation alléguée de son droit au respect de son domicile ne se produit pas avant l'application du régime prévu par la loi, constituant un effet redouté de ce régime. Son argumentation tend à montrer en quoi le résultat de cette application serait disproportionné, visant à convaincre le juge qu'il lui serait difficile de retrouver un logement digne, et que son âge avancé rendrait cette précarité plus pénible encore que pour une personne d'âge moyen. Le juge est ainsi amené à se projeter dans le futur pour apprécier les conséquences de sa décision.

Lorsque le contrôle de proportionnalité est utilisé en défense pour contester les effets de l'application de la loi à la suite du litige, et non les effets de cette application antérieurement à celui-ci, c'est-à-dire lorsqu'il est produit contre une argumentation visant à faire appliquer la loi qui ne l'est pas, le juge doit adopter un regard prospectif. Ce regard prospectif est en effet son unique moyen d'apprécier concrètement la situation, comme le contrôle de proportionnalité le commande. Cet exercice n'est pas nouveau pour le juge, habitué à apprécier les effets de ses décisions.

¹ Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 17 mai 2018, n°16-15.792, Note Dross (William), « L'article 8 de la Conv. EDH et la construction entièrement édifiée sur le sol d'autrui », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 708 ; Laurent (Julien), « Propriété versus droit au respect du domicile de l'occupant illégal à l'heure du contrôle de proportionnalité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2018, n° 28, p. 1365 ; Neyret (Laurent) et Raboul-Maupin (Nadège), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 1772 ; Putman (Emmanuel) et Cacioppo (Sébastien), « Occupation sans droit ni titre, propriété, respect du domicile et... proportionnalité ! », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2018, n° 7, p. 44.

² Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 17 mai 2018, n°16-15.792, moyen annexé à l'arrêt.

125. Similarités de buts avec le standard

À beaucoup d'égards, la technique

du standard astreint le juge à un même regard prospectif. Depuis bien plus longtemps que le contrôle de proportionnalité, en effet, le recours à cette « *norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* »¹ permet au législateur de charger le juge de prendre en compte des données « *extralégales ou même extrajuridiques* »². Le but, qui n'est pas sans évoquer celui du contrôle de proportionnalité, est d'individualiser le résultat de l'application de la règle de droit. Pour Al-Sanhoury, rédacteur du Code civil égyptien formé en France, « *à chaque situation juridique sa solution propre, individuelle, la solution la plus appropriée aux circonstances particulières de cette situation* »³, le recours au standard permettant de parvenir « *non pas à la solution invariable que donne l'application de la règle, mais à des solutions variées et concrètes, chacune d'elles adaptée aux particularités des faits en présence* ». Le standard permet de considérer que chaque situation est « *dans une certaine mesure unique* »⁴. Cette fonction de prise en compte du fait par le droit que doit remplir le standard est toujours défendue à l'époque contemporaine. Monsieur Juillet relève par exemple que « *la fonction juridictionnelle ne consiste pas à appliquer le droit de façon mécanique, désincarnée, mais à l'appliquer avec discernement en tenant compte des singularités de chaque cas* »⁵, notant que, en permettant cela, le standard « *confère ses lettres de noblesse au pouvoir de dire le droit* ». Pour recourir au standard, la loi établit un « *une grande ligne de conduite, une directive générale pour guider le juge* »⁶, indiquant de manière floue quel doit être l'ordre des choses. Il incombe au juge, selon les faits de l'espèce, de donner à cette règle une traduction concrète, de la rendre effective dans le monde réel.

L'intérêt de l'enfant, utilisé à de nombreuses reprises dans le Code civil, est un exemple topique du standard⁷. Il est par exemple utilisé pour définir la finalité vers laquelle l'autorité parentale est orientée⁸. Par conséquent, lorsque le juge sera saisi pour statuer sur une question intéressant l'exercice de l'autorité parentale, comme le Code civil⁹ l'y invite en précisant fort peu les cas

¹ Cornu (Gérard), entrée « Standard », *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005.

² *Ibidem*.

³ Al-Sanhoury (Abd el-Razzâq), « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, tome II, Sirey, 1934, p. 145 et s.

⁴ Pound (Roscoe), *An introduction to the philosophy of Law*, 1922, Yale University Press, p. 118.

⁵ Juillet (Christophe), *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n° 9, février 2014, « Les standards juridiques en droit des sûretés », p. 73.

⁶ Al-Sanhoury (Abd el-Razzâq), *op. cit.*

⁷ L'intérêt de l'enfant « *fait partie des notions standard du droit qui permettent d'adapter les règles à une situation concrète* » (Fabre-Magnan (Muriel), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 224).

⁸ Code civil, article 371-1.

⁹ Code civil, article 373-2-6.

de saisine possible¹, l'intérêt de l'enfant sera sa boussole pour prendre la décision attendue. Dans l'appréciation de cet intérêt de l'enfant, il est aisé de percevoir que, s'il s'appuiera sur la situation présente de celui-ci, sa réflexion sera principalement tournée vers l'avenir, tentant de discerner ce qui constituera la meilleure décision pour le développement de l'enfant. Cette appréciation se reposera sur une vision prospective, prenant en compte les diverses décisions possibles et tentant d'en prendre en compte toutes les conséquences positives et négatives afin de faire le meilleur choix.

Sur le strict plan du mode de raisonnement du juge, il semble que la technique du standard offre une bonne illustration de l'opération intellectuelle que peut mener le juge devant statuer sur un contrôle de proportionnalité interrogeant la conformité des effets de l'application d'une loi dans le futur. Il n'est pas question de comparer ces deux mécanismes sur le plan de la séparation des pouvoirs, étant donné que, s'agissant du standard, le large pouvoir qu'exerce le juge lui est explicitement conféré par le législateur, quoique le standard puisse échapper à son créateur et être détourné dans un mouvement pouvant aller jusqu'à « *saper toutes les bases et tous les interdits* »².

Paragraphe II : Le constat obtenu de la conformité

126. **Échec du contrôle et application de la règle contrôlée** Cette prise en compte de la situation dans l'appréciation du respect de la hiérarchie que permet le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, le plus souvent, n'aura pas pour conséquence de conduire à un constat de non-respect. En effet il est dans l'ordre des choses que l'application de la loi édictée par le législateur à une situation donnée produise un résultat conforme aux normes de valeur supra-législative. Cette conformité pourra s'imposer dès le premier regard **(A)**, ou après usage de certains outils argumentatifs par le juge **(B)**.

A : La conformité évidente

127. **La conformité évidente, une situation normale** Il est des situations où le contrôle de proportionnalité ne peut pas mener à un constat de disproportion ou de non-conformité. La chose est évidente, étant donné qu'il ne s'agit que d'un outil destiné à être utile dans des situations exceptionnelles, pour lesquelles la loi n'a pas véritablement été pensée. Dans

¹ Pour Madame Gouttenoire, cela permet au juge d'avoir compétence pour « *trancher les conflits parentaux résultant d'un exercice en commun de l'autorité parentale* ». Gouttenoire (Adeline), « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°158.

² Fabre-Magnan (Muriel), « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 224.

bien des cas, par conséquent, les faits présentés au juge seront exactement ceux prévus par le texte de loi, et la situation dans sa globalité sera dans la droite ligne de ce que le législateur a prévu pour l'application de son texte. Peut-être même le moyen demandant un contrôle de proportionnalité n'aura-t-il été construit que dans un but d'exhaustivité, le conseil de la partie demanderesse voulant manifester sa détermination et sa connaissance des outils argumentatifs.

128. Absence de lien avec l'évidence de la conformité abstraite Le fait que l'absence de disproportion soit manifeste lors de la réalisation du contrôle concret n'implique d'ailleurs pas qu'il en soit de même lors du contrôle abstrait préalablement effectué. Il est parfaitement concevable que le respect abstrait de la hiérarchie des normes soit âprement débattu et obtenu de manière fragile, mais que le respect concret coule de source, donnant lieu à des règles « *contestées in abstracto, mais incontestables in concreto* »¹.

Ce sera le cas lorsqu'une situation qui se rencontre couramment lors de l'application d'une disposition législative la rend critiquable au regard des droits et libertés fondamentaux, mais que la situation présente dans l'affaire considérée est toute autre, ne rentrant pas en résonance avec la problématique abstraitement considérée. L'exemple de l'impossibilité d'établir une double filiation incestueuse, évoqué *supra* dans un raisonnement différent², illustre parfaitement cette situation. La conformité abstraite de ces dispositions est critiquée, et pourrait fort bien donner lieu à une déclaration d'inconventionnalité dans le futur, mais il est également imaginable de se trouver face à une situation de fait rendant la prohibition acceptable beaucoup plus facilement. Il en serait ainsi dans une situation où les faits de l'espèce montreraient qu'un établissement du double lien de filiation entraînerait des conséquences négatives pour l'enfant et une partie de son entourage, par exemple dans le cas où le père biologique de l'enfant aurait commis un viol sur sa mère, les deux étant liés par un interdit absolu à mariage. Il est cependant des cas où la proportionnalité de l'application de la loi au cas d'espèce est beaucoup moins manifeste.

B : La conformité décidée

129. Rôle de l'interprète Différents procédés argumentatifs permettent au juge d'utiliser des méthodes d'interprétation pour dire un résultat obtenu par l'application d'une loi

¹ Monsieur Fulchiron commente ici le régime légal de l'anonymat du don de gamètes dans un article antérieur à la réforme opérée sur le sujet par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Fulchiron (Hugues), « L'anonymat du donneur de gamète : des règles contestées *in abstracto*, mais incontestables *in concreto* », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2018, n°3, commentaire n°74 sur Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, 27 décembre 2017, n°396571.

² Voir n°115.

à une situation conforme à une norme supérieure là où un résultat contraire aurait semblé recevable. Ces procédés relèvent parfois plus de l'artifice que de l'outil, recourant à des distinctions byzantines pour éviter de conclure à la disproportion. Il en est ainsi du contournement du contrôle (1) et de la révélation d'une clause de proportionnalité cachée qu'aurait prévue le législateur (2).

1 : L'interprétation comme contournement du contrôle

130. **Inhibition du contrôle** Aux côtés de ces situations où le respect de la hiérarchie des normes dans la situation concrète est manifeste, il existe des situations plus grises. Le résultat du contrôle n'y apparaît pas comme une évidence, mais le respect comme le non-respect peuvent recevoir une argumentation convaincante, pouvant faire pencher le raisonnement vers un constat de disproportion. Cependant, dans ces zones grises, il est peut-être un moyen pour le juge de conclure au respect concret de la hiérarchie des normes en utilisant ses techniques de raisonnement et d'interprétation.

131. **Interprétation conforme** Pour ce faire, la technique de l'interprétation conforme, déjà largement pratiquée par les juridictions, paraît intéressante. Cette orientation particulière de la technique interprétative permet d'élaborer une interprétation d'une norme par rapport à une autre norme. Dans cette hypothèse, le résultat de l'interprétation est apprécié au regard de sa conformité à une norme de valeur supérieure. Entre deux interprétations, l'une où la norme inférieure est conforme à la norme supérieure, et l'autre où elle lui est contraire, il est possible à l'interprète de faire prévaloir l'interprétation conforme, et ce faisant, de limiter les cas de non-conformité effective aux hypothèses où les deux normes sont radicalement incompatibles. L'interprétation conforme a été prônée ouvertement par la Cour de justice des communautés européennes¹ devenue Cour de justice de l'Union européenne, et constitue aujourd'hui un « *élément crucial de la primauté du droit de l'Union* »². La Cour de justice de l'Union européenne attend des juridictions nationales qu'elles interprètent les lois conformément aux directives, tant que cela ne mène pas à une interprétation *contra legem* du droit national³. Le Conseil constitutionnel recourt également à l'interprétation conforme lorsqu'il émet des réserves d'interprétation, indiquant, parmi toutes les interprétations

¹ Cour de justice des communautés européennes, 10 avril 1984, n° 14/83, arrêt Von Colson et Kamann.

² Simon (Denys), « Directive », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, n°129.

³ Cour de justice des communautés européennes, Grande Chambre, 4 juillet 2006, n°C212-04, arrêt Adeneler, sur lequel voir Blanquet (Marc), Gaudin (Hélène), Andriantsimbazovina (Joël) et Fines (Francette), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne, Tome I*, Dalloz, 2014, n° 44.

envisageables de la loi, laquelle doit prévaloir, étant la seule à même de permettre de considérer la loi conforme à la Constitution¹.

Cette technique peut être mobilisée dans le cadre du contrôle de proportionnalité afin de parvenir à une conclusion de conformité dans des situations où celle-ci est contestable. Il faut d'abord rappeler que, pour qu'un texte puisse faire l'objet d'une interprétation, il faut qu'il présente une certaine obscurité, une certaine ambivalence. Autrement dit, il faut qu'au moins deux interprétations puissent en être faites. En présence d'un tel texte, il est parfaitement possible qu'une interprétation soit conforme à une norme de valeur supérieure alors que l'autre ne l'est pas. Si l'interprétation non conforme est retenue, le contrôle de proportionnalité ne pourra pas être mené à son terme et conclure à la conformité de la norme. En effet, il échouera, que cela soit dans l'étape du contrôle *in abstracto*, si la non-conformité de la norme est générale et manifeste, ou lors du contrôle *in concreto*, si la non-conformité est plus discrète ou limitée à la situation concernée. Il est donc possible, pour le juge, d'orienter son interprétation vers la conformité lorsque le texte s'y prête, et de se prémunir par là du résultat négatif d'un contrôle de proportionnalité.

Cette technique, supposant que plusieurs interprétations puissent être élaborées pour une même disposition, se prête mal aux textes clairs, lesquels semblent pourtant les plus à même d'être questionnés par le contrôle de proportionnalité². Pour autant, il est possible que les arrêts réalisant un contrôle de proportionnalité et concluant à la disproportion ne soient que la partie immergée de l'iceberg, rendue visible par leur recours à cette technique nouvelle, et que les dispositions sauvées par une interprétation conforme soient légion. L'usage de l'interprétation comme inhibiteur du contrôle de proportionnalité présenterait quoi qu'il en soit l'avantage d'éviter l'utilisation d'une technique décriée en utilisant un pouvoir interprétatif central à l'office du juge et que plus personne ne songe aujourd'hui à lui contester.

2 : *L'interprétation comme révélateur d'une clause de proportionnalité*

132. **L'interprétation comme révélateur de l'intention du législateur** L'interprétation ayant pour fonction de donner un sens à un texte, elle peut être utilisée pour prétendre révéler l'intention du législateur. En effet, au-delà de la lettre du texte, sa sagesse aurait envisagé les limites de l'application de la loi, qu'il ne tiendrait qu'au juge de rendre visible. Pour un auteur, « *la prise en compte des exigences conventionnelles à rebours d'une disposition législative est*

¹ Verpeaux (Michel), « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : compétence juridictionnelle », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n°108 et s.

² *Infra* n°312 et s.

parfois assurée par le recours à la technique supposée plus “douce” [par comparaison avec le contrôle de proportionnalité] de l’interprétation conforme »¹. L’usage ici proposé dévoile une conception maximaliste, ne se limitant pas à l’utilisation d’une interprétation manifestement possible du texte, mais permettant d’en révéler un sens d’une manière créative. Est par exemple proposée une rédaction alternative de l’arrêt du 4 décembre 2013 ayant introduit le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation, portant sur l’annulation d’un mariage incestueux². Plutôt que de juger l’effet de cette annulation prescrite par la loi disproportionnée dans le cas d’espèce, la Cour de cassation aurait pu juger que « *la loi prohibe le mariage entre alliés, cette interdiction s’interprète comme réservant la possibilité de ne pas l’appliquer lorsque sa mise en œuvre entraîne des conséquences excessives pour la vie privée et familiale du requérant* »³. La Cour de cassation aurait alors réalisé un contrôle de proportionnalité après avoir discerné dans la loi une limite à la prescription d’annuler les mariages incestueux dans le cas où cette annulation produit des effets excessifs, ce qui revient à prétendre que le législateur aurait commandé qu’un contrôle de proportionnalité ait lieu. L’interprétation conforme serait utilisée pour ajouter une clause de proportionnalité à chaque disposition posant question, en considérant que le législateur ne pouvait que vouloir édicter un texte respectant les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales. L’auteur soutient qu’une telle démarche serait « *plus respectueuse de l’œuvre du législateur* », étant donné que, « *formellement, l’application de la loi n’est pas écartée par le juge, elle fait seulement l’objet d’une interprétation* », reconnaissant toutefois que « *en réalité, le résultat est tout aussi “perturbateur” pour la loi qu’avec l’arrêt du 4 décembre 2013* »⁴. Une telle technique permettrait de dire que « *la non-application de la loi [résultant du contrôle de proportionnalité] n’en est pas totalement une car la situation de fait qui la tient en échec n’entraîne pas pleinement dans ses prévisions* »⁵.

Un tel usage de l’interprétation, dans le but affirmé de se montrer respectueux de l’œuvre du législateur, laisse songeur. En effet, en permettant au juge d’élaborer, même au nom du

¹ Dupré de Boulois (Xavier), « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l’homme », *Revue des droits de libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2015, Chronique n°8.

² Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Notes Bahurel (Charles), « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Defrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140, Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l’Homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 153, Hauser (Jean), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l’article 5 du code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88, Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

³ Dupré de Boulois (Xavier), article précité.

⁴ Dupré de Boulois (Xavier), article précité.

⁵ Deumier (Pascale), « Contrôle de conventionnalité : l’esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578.

législateur, des cas formulés avec généralité où la loi n'aurait pas vocation à s'appliquer, il engendre une dérive magnifiant le pouvoir du juge de manière bien plus importante que ce que pourra jamais entraîner un contrôle concret qui ne prétend pas raisonner au-delà des faits de l'espèce.

133. Conclusion du chapitre Le raisonnement concret que permet de réaliser le contrôle de proportionnalité a pour finalité d'assurer la vérification du respect de la hiérarchie des normes. Il permet de rendre efficace cette hiérarchie, non plus lorsque les normes qui la composent sont considérées seules, ce que réalise le contrôle abstrait, mais en prenant en compte l'application des normes composant cette hiérarchie à des situations factuelles.

Le caractère concret du contrôle dit de proportionnalité se déploie sur le terrain de la vérification du respect de la hiérarchie des normes. Il se distingue des autres outils assurant le respect de la hiérarchie des normes par le fait que, en raison de son caractère concret, cette vérification confronte à la norme supérieure non pas une norme inférieure mais l'application de cette norme à une situation factuelle. C'est dans cette réalité que trouve racine tout le caractère disruptif du contrôle de proportionnalité. L'appréciation *in concreto* qu'il permet vient en effet s'insérer dans un paysage du contrôle du respect de la hiérarchie des normes établi depuis quelques décennies, et reposant sur des mécanismes de contrôle résolument abstraits. De la même manière que l'apparition de ces contrôles abstraits a questionné les rapports entre les pouvoirs législatifs et judiciaires, la concrétisation du contrôle ici opérée vient raviver ces débats, toujours vigoureux.

Le contrôle de proportionnalité, en revanche, n'innove guère par son caractère hiérarchique. Il consiste en effet bien en une vérification de la compatibilité d'une norme inférieure avec une norme supérieure. Il constitue un moyen de plus de s'assurer de la cohérence de la hiérarchie des normes, souvent illustrée grâce à l'image d'une pyramide, conséquence du lien de nécessaire conformité entre la norme inférieure et la norme supérieure.

Dans la pratique de ce contrôle de proportionnalité, le caractère concret concentre les particularités de ce nouvel outil, ou en constitue du moins la racine. En effet, il nécessite la prise en compte d'éléments différents, tenant à la situation factuelle des parties, ce qui permet au juge une appréciation holistique des effets de sa décision dans l'espace et le temps. Alors que la prise en compte des normes abstraitement considérées ne suffit plus et que la prise en compte des seuls faits ne permettrait pas de contrôler la hiérarchie des normes, le juge doit réfléchir en se fondant sur la situation que crée la rencontre des faits et de la norme, l'application de la norme aux faits et ses effets. Un objet complexe apparaît, invitant le juge à renouveler l'assise

temporelle de son raisonnement, pour le situer à la fois dans une démarche rétrospective et prospective, appréciant les effets de la décision qu'il va prendre.

Ces éléments permettent de comprendre ce qu'est le contrôle de proportionnalité. Ils posent les jalons de raisonnements plus poussés à son sujet. En effet, la seule compréhension de l'objet ne suffit pas pour comprendre ses terrains d'utilisation, ce qui est pourtant requis pour pouvoir en apprécier les effets.

134. **Conclusion du titre** L'objet de cette étude, couramment dénommé contrôle de proportionnalité, doit être apprécié à la lumière des éléments jusqu'ici dégagés. Il apparaît, pour l'exposer brièvement, que ce contrôle a pour objet de vérifier que l'application d'une norme à une situation factuelle ne crée pas un résultat contraire à une norme supérieure. Le contrôle de proportionnalité permet de ce fait de déployer le contrôle du respect de la hiérarchie des normes dans une dimension concrète, prenant en compte les spécificités factuelles de chaque affaire soumise au juge.

Ces éléments rappelés, la dénomination du contrôle de proportionnalité, qualifiée d'« imparfaite »¹, doit être questionnée². En effet, il a été dit que la proportionnalité suppose la prise en compte d'un rapport entre deux éléments, ce rapport devant présenter un certain équilibre, qui ne se retrouve pas véritablement dans l'objet ici considéré. Plus encore, ce syntagme, appartenant au champ sémantique des sciences exactes, est déjà utilisé dans le domaine du droit comme synonyme de la mise en balance de deux droits fondamentaux, et désigne de nombreux dispositifs de mise en balance législatifs, ainsi que d'autres concepts juridiques supposant un certain équilibre. Cette polysémie est problématique, présentant le risque de conduire les commentateurs et les praticiens à des confusions entre des outils

¹ Chénéde (François), « Nullité du mariage entre alliés, Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 953.

² Un tel questionnement n'est pas inédit. Certains auteurs emploient depuis plusieurs années le terme de « *contrôle de conventionnalité in concreto* », tel Madame Deumier (« Contrôle de conventionnalité, l'esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578 ; « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575) et Monsieur Chénéde (« Nullité du mariage entre alliés, Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 953 ; Chénéde « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142), une expression proche étant employée par le Conseil d'État depuis son arrêt Gonzalez Gomez débutant son appropriation de ce type de contrôle (Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, n° 396848, dont les mots clés, sur la base de donnée numérique ArianeWeb, incluent « *Moyen tiré de ce que la mise en œuvre d'une loi conventionnelle méconnaît la convention EDH (contrôle in concreto)* ». De même, les auteurs écrivant en droit social semblent être particulièrement nombreux à avoir adopté l'expression de « *contrôle in concreto de conventionnalité* » (par exemple Lokiec (Pascal), « Le barème ou le préjudice amputé », *Semaine sociale Lamy*, Lamy, 2021, n°1950 ; Loiseau (Grégoire) et Sauvage (Jacques-Frédéric), « Barème d'indemnités : en revenir au droit », *Bulletin Joly Travail*, Lextenso, 2021, n°5, p.12 ou encore Auzero (Gilles), Baugard (Dirk) et Dockès (Emmanuel), *Droit du travail*, Dalloz, 2023 (37^e édition)).

L'expression « *contrôle de proportionnalité* » demeure pourtant, en 2023, largement employée, semblant devoir, pour beaucoup de juristes, désigner de manière courante le raisonnement pratiqué par le juge judiciaire depuis l'arrêt du 4 décembre 2013. Le vocabulaire employé par la Cour de cassation en atteste. Quoiqu'une communication mentionne bien l'expression « *contrôle in concreto* » aux côtés de « *contrôle de proportionnalité* » (Cour de cassation, Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 2020) ou qu'un communiqué de presse l'emploie de manière exclusive (Cour de cassation, communiqué de presse du 11 mai 2022, « Barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse »), les rapports et prises de parole les plus récentes ne conservent bien souvent que le second syntagme. Voir par exemple l'Audience solennelle d'installation du Premier président Soulard le 18 juillet 2022, ou, plus récemment encore, « Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de cassation en matière de procédure civile », in *Recueil annuel des études 2023 de la Cour de cassation*, La documentation française (p. 33), ou encore *Motivation enrichie : Guide de rédaction*, Document issu d'un groupe de travail présidé par la Présidente Martinel, publié en septembre 2023 sur le site internet de la Cour (spécialement p.38).

substantiellement différents¹, étant établi que si le fait que plusieurs mots désignent la même chose « *est affaire de convention et [que] les conséquences n'en sont pas catastrophiques, [le fait] que, sous des mots identiques, on trouve des choses différentes est plus préoccupant* »². Les risques occasionnés par ce flou sémantique sont tels qu'un auteur va jusqu'à remarquer que lorsqu'il s'agit de comprendre ce qu'est le contrôle de proportionnalité, il « *n'est pas sûr que les magistrats de la Cour de cassation eux-mêmes soient parfaitement au clair en raison du flou et de l'ambiguïté qui entoure la conceptualisation d'un tel type de contrôle* »³. Dénommer le présent objet d'étude contrôle de proportionnalité est donc d'une exactitude questionnable, et prête à confusions, rendant ce choix finalement bien peu commode⁴.

Il semble par conséquent opportun d'utiliser une autre dénomination pour désigner cet objet d'étude, à même de le décrire de manière plus univoque. Parler du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes semble particulièrement à même d'atteindre ce but, désignant l'objet du contrôle et sa technique. Cette dénomination plus descriptive permettrait de clarifier les débats sur ce contrôle, réduisant les confusions avec les contrôles de proportionnalité, et simplifiant la compréhension de cet outil. Plus encore, la dénomination d'un objet affecte la conception que s'en fait le locuteur utilisant cette désignation. Un tel changement pourrait aider à considérer le contrôle de proportionnalité dont il est ici question de manière plus réaliste, sans majorer son importance en raison d'une dénomination trop large. Il semble en tout cas que cette évolution serait à même de permettre une compréhension à la fois plus profonde et plus intuitive de l'outil, rendant possible un débat de meilleure qualité à son sujet.

C'est fort de cette meilleure compréhension de l'objet d'étude qu'il faut s'atteler à une analyse plus pratique du contrôle visant à cerner ses fonctions.

¹ Pour Monsieur Leveueur, « *cette proportionnalité révèle déjà sa nature de "mot-valise" à qui l'on peut faire dire tout et n'importe quoi* ». Leveueur (Laurent), « Propos introductifs », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, 2018, n° 16, p. 47.

² Théry (Philippe), « Autorité de chose jugée — Rapport de synthèse », *Procédures*, LexisNexis, 2007, n°8-9, p. 22.

³ Rouvière (Frédéric), « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 75 et s.

⁴ Pour Monsieur Égéa, le « contrôle de conventionnalité concret » est nommé contrôle de proportionnalité « *par commodité* ». Égéa (Vincent), « Un semestre de droit procédural de la famille (juillet 2020/décembre 2020) », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n°4, chronique 1.

Titre II : Fonctions du contrôle

135. **Défense des droits et défense du droit** Le contrôle de proportionnalité, contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, permet de vérifier que l'application d'une norme à une situation factuelle ne produit pas un résultat contraire à une norme de valeur supérieure. En cela, le contrôle de proportionnalité innove par rapport aux autres outils tendant à s'assurer du respect de la hiérarchie des normes. Dire cela permet également de comprendre en quoi cet outil conduit le juge à porter un plus grand intérêt aux faits, invitant corrélativement les parties à l'instance à modifier la formulation de leur argumentation.

Cette première approche, toutefois, est loin de permettre l'élaboration d'une opinion éclairée sur ce contrôle concret. En effet, se contentant d'une approche technique du contrôle, elle n'en explore pas les justifications et les conséquences profondes. Pour progresser sur cette voie, il faut se demander quelle est l'utilité du contrôle de proportionnalité, ce qui revient en quelque sorte à se demander pourquoi cet outil a été intégré au procès tel qu'il est pratiqué en France.

Cette question interroge les raisons ayant poussé le juge à développer son usage. Plusieurs récits, qui ne sont pas contradictoires, cohabitent pour expliquer cette adoption. Ils diffèrent en ce qu'ils ne s'intéressent pas à la question sous le même angle.

Le premier angle a trait à l'intérêt propre du contrôle dans la protection des droits et libertés fondamentaux. Il apparaît en effet que le contrôle concret de la hiérarchie des normes remplit une fonction particulièrement importante et peu substituable dans cette branche de l'art juridique. Son adoption sous une quelconque forme est par conséquent incontournable pour que le système juridique garantisse un certain niveau d'effectivité dans la protection des droits fondamentaux.

Le second est relatif à l'influence du juge du Conseil de l'Europe sur l'ordre juridique national. À ce sujet, il est tantôt dit que le juge français aurait été forcé d'adopter cette méthode, tantôt qu'il aurait pu faire ce choix positif en toute liberté. Sans doute les deux narrations ne sont-elles contradictoires que jusqu'à un certain point. Remonter leur cours permettra en tout cas de voir quels intérêts le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes offre pour l'effectivité des droits fondamentaux des justiciables et pour la défense de l'ordre juridique. Cela révélera des bénéfices du contrôle de proportionnalité dans l'ordre interne considéré isolément, sa cohérence et sa solidité pouvant se trouver renforcées du fait de sa pratique.

Le contrôle concret de la hiérarchie des normes adopté en France ces dernières années a pour fonction de permettre l'effectivité des droits fondamentaux (**Chapitre I**) et de défendre l'ordre

juridique en minorant l'influence sur le fond du droit des juridictions supranationales ainsi que des forces internes à même de mettre sa cohérence en péril (**Chapitre II**).

Chapitre I : L'effectivité des droits fondamentaux

136. **La concrétisation au service de l'effectivité** Dans le système du droit français, l'histoire des droits et libertés fondamentaux est ancienne. Longtemps, le simple fait de proclamer des droits appartenant de manière inaliénable à chaque individu était perçu comme pouvant suffire à assurer leur garantie, ou, du moins, comme constituant un progrès suffisamment important comparativement à la situation où de tels droits n'étaient pas même énoncés. En dépit de quelques tentatives avortées, l'élaboration de mécanismes contrôlant le respect des droits proclamés a été un processus long, ne prenant véritablement corps que durant les dernières décennies. Pour ce faire, il était nécessaire que les juristes, influencés par la marche du monde et des idées, renouvellent leur intérêt pour les effets produits sur le réel par leur art. Cet intérêt nouveau pour l'effectivité du droit, qui a irrigué toutes ses branches (**Section I**), devait produire des effets particulièrement vigoureux dans la conception des droits et libertés fondamentaux, conduisant à une refondation tant formelle que substantielle de ce champ d'étude. Dans cette quête d'effectivité, le contrôle de proportionnalité paraît occuper une place de choix, permettant sa concrétisation (**Section II**).

Section I : La nécessité de l'effectivité des droits fondamentaux

137. **L'impérativité contemporaine de l'effectivité** Il est évident qu'une réflexion sur le droit faisant entièrement l'impasse sur l'effectivité serait absolument stérile et vide de sens. Sans ce regard sur les conséquences pratiques du droit, le Sénat romain n'aurait pas pris en compte le fait que les prêts accordés aux fils de famille *alieni juris* pouvaient précipiter les plus malintentionnés d'entre eux vers le crime, et n'aurait pas rendu le sénatus-consulte macédonien¹ privant d'effet ces contrats accordés par des usuriers². Plus récemment³, pour prendre un autre exemple, la critique de la peine de mort par Beccaria⁴, en lui reprochant son inutilité, se fonde notamment sur son ineffectivité dans la prévention des comportements criminels pour prescrire son abolition. À la même époque, la déclaration de 1789 indique que la finalité des pouvoirs constitués est de rendre les droits garantis « *effectifs dans l'état civil* »⁵.

¹ Digeste, XIV, 6.

² L'épisode reste en mémoire grâce à l'effet macédonien décrit par le Doyen Carbonnier. Carbonnier (Jean), « Vis famille, législation et quelques autres » in Carbonnier (Jean), *Flexibles droits, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e Édition, LGDJ, 2001, p. 275 et s., spécialement p. 286.

³ Sur l'histoire de la notion, voir Lascoumes (Pierre), entrée « Effectivité », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

⁴ Beccaria (Cesare), *Des délits et des peines*, GF, 2006, édité en 1764 et traduit en français dès l'année suivante.

⁵ Mongoin (David), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022 (1^{re} édition), n° 201 et s. Son préambule, quoiqu'il ne mentionne pas directement l'effectivité, retient que « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont*

Cependant, il apparaît que cette réflexion, s'accompagnant d'une définition plus stricte de l'effectivité¹, n'a véritablement pris corps que beaucoup plus récemment (**Paragraphe I**), produisant des conséquences concrètes dans le domaine des droits fondamentaux (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Prise de conscience de la nécessité de l'effectivité des droits fondamentaux

138. **Vers l'effectivité** Avant de comprendre son influence sur les droits et libertés fondamentaux et sur le contrôle de proportionnalité, il est utile de discerner les racines de la réflexion récente sur l'effectivité du droit (**A**), et de présenter ses conséquences dans les discours savants sur le droit (**B**).

A : Racines

139. **Insuffisance de la proclamation** L'histoire des droits et libertés fondamentaux remonte plusieurs siècles en arrière, de grands textes ayant concentré la philosophie des libertés de leur temps dans des œuvres à la rédaction précise et à la portée en apparence très large. Il est possible de citer notamment le *Bill of rights* du Royaume-Uni², la Déclaration des droits de l'État de Virginie³, ou encore le *Bill of rights* des États-Unis d'Amérique⁴. En France, le texte fondateur est la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dont le dernier article a été adopté par la Constituante le 26 août 1789.

Ce texte fondateur, bien que proclamant avec vigueur des principes démocratiques et libéraux, n'était pas un outil suffisant pour obtenir l'application dans le réel de ces principes. En effet, il était dépourvu de tout mécanisme le rendant justiciable, n'étant pas prévu que les citoyens puissent obtenir d'un juge son application, ou que les actes législatifs soient soumis à son respect. Un tel mécanisme de hiérarchisation constituait un impensé de la déclaration de 1789, la Constituante confiant au législateur le soin de respecter ses prévisions. Le mot loi y apparaît treize fois, venant, après l'énoncé d'un droit ou d'une liberté, confier l'élaboration de son régime et de ses bornes au législateur. La liberté d'opinion s'exerce par exemple dans les limites

les seules causes des malheurs publics » et a pour objectif que les « *réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous* ».

¹ Elle peut notamment se définir comme la possibilité, pour une norme « *d'être mise en œuvre par une juridiction dans une opération de jugement* », Jeammaud (Antoine), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 1975 à l'Université Jean Moulin Lyon III, n°199

² Ce texte datant de 1689 pose les jalons de la monarchie parlementaire.

³ La colonie britannique a adopté ce texte le 12 juin 1776, peu avant la déclaration d'indépendance du 4 juillet.

⁴ Constitué par les dix premiers amendements à la Constitution des États-Unis d'Amérique, adoptés par la Chambre des représentants le 21 août 1789 et entrés en vigueur deux années plus tard après ratification par les états fédérés.

de « *l'ordre public établi par la loi* »¹, ou la libre communication sous la condition de ne pas commettre d'abus « *dans les cas déterminés par la loi* »². C'est en ce sens que, pour Madame Champeil-Desplats, « *la déclaration de 1789 est légicentriste* »³. Si le droit à la « *résistance à l'oppression* » y est explicitement inscrit⁴, le citoyen ressentant une atteinte émanant de la puissance publique à ses droits garantis était tout de même bien démuné. Jusque très récemment, la déclaration a été accueillie plus comme « *beau texte de philosophie politique* »⁵ que comme « *un code de droit positif* »⁶ par les Français se rappelant de « *l'avoir apprise par cœur à l'école communale* »⁷. Le manque d'effectivité des textes énonçant les droits et libertés fondamentaux était un angle de critique opportun de ceux-ci⁸.

Cette critique de l'effectivité des droits de l'Homme, « *y compris écrit avec un "H" majuscule* »⁹, a particulièrement pris corps dans les théories marxistes. Si Karl Marx élaborait une critique de l'essence des droits proclamés par les grandes déclarations, soutenant qu'ils n'étaient que « *les droits du membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la collectivité* »¹⁰, sa pensée exposait également leur « *portée illusoire* »¹¹. Ce propos dénonçait, il est vrai, le fait que les prolétaires n'avaient pas accès aux conditions matérielles leur permettant de jouir effectivement des libertés proclamées, leur indigence les maintenant dans un état de sujétion, mais résonne avec l'absence de justiciabilité des droits fondamentaux. Ils marquent quoi qu'il en soit une étape nouvelle dans la réflexion sur leur effectivité.

140. Les droits de l'Homme comme réaction L'insuffisance de la simple proclamation des droits de l'Homme devait apparaître dans toutes ses conséquences et sembler d'autant plus insupportable au cours du XXe siècle. Partout en Europe, la négation des droits de l'Homme devait prendre une dimension inédite dans son ampleur et dans ses conséquences. En réaction, la réflexion sur les droits de l'Homme, occasion de renouveler leur proclamation et de penser enfin leur effectivité devait apparaître comme un outil à la disposition des systèmes

¹ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 10.

² Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 11.

³ Champeil-Desplats (Véronique), *Théorie générale des droits et libertés, Perspective analytique*, Dalloz, 2019, p. 170.

⁴ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 2.

⁵ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs, 2010, p. 120.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick) *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2021 (8^e édition), n°19.

⁹ Champeil-Desplats (Véronique), *Théorie générale des droits et libertés, Perspective analytique*, Dalloz, 2019, p. 34.

¹⁰ Marx (Karl), *A propos de la question juive*, Aubier-Montaigne, 1971, p. 103.

¹¹ Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick) *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2021 (8^e édition), n°22.

libéraux. Villey pointait cet usage des droits de l'homme comme une « *arme défensive* »¹ à brandir contre les atteintes à l'intégrité physique et mentale des hommes et des femmes émanant des puissants, rappelant que cet outil avait déjà été utilisé « *en 1789, contre l'absolutisme prétendu de la monarchie capétienne* »² avant de l'être « *en 1948, contre le fantôme de Hitler ; contre les dictatures de tous bords* »³, offrant « *un remède à l'inhumanité d'un droit qui a rompu ses amarres avec la justice* »⁴. Cette liste ne serait pas complète sans qu'y soient ajoutés les crimes du « *soviétisme* »⁵, bien que la prise de conscience à leur sujet ait eu lieu plus tardivement que pour ceux du régime nazi et soit moins unanime.

La manifestation la plus immédiate de cette réaction semble être l'adoption par 48 pays membres de la nouvelle Organisation des Nations unies de la Déclaration universelle des droits de l'Homme⁶. Ce texte est une première manifestation de l'affirmation des droits et libertés dans le droit international⁷, domaine dans lequel le « *national-socialisme a joué — malgré lui — un rôle déterminant* »⁸, faisant apparaître pour la première fois « *l'individu en tant que sujet potentiel de droit international* »⁹. Il ne s'agit en effet que d'une potentialité, la Déclaration universelle se distinguant des précédentes déclarations par sa vocation universelle et son véhicule, appartenant au droit international, et non par une effectivité plus grande¹⁰. Pour progresser sur cette voie, l'utilisation des droits de l'Homme pour conjurer les démons n'était sans doute pas suffisante, requérant une réflexion critique sur la conception du droit qui avait conduit à se contenter de droits fondamentaux proclamés en négligeant la question de leurs effets sur le réel, nécessaire pour que l'adoption de nouveaux outils aille « *au-delà d'un simple changement de dénomination [pour marquer] une mutation du fondement, de la finalité et des modes d'effectivité des droits* »¹¹.

¹ Villey (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2014, p. 9.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*. Voir également Marguénaud (Jean-Pierre), « Le progrès et le droit », *La revue des droits de l'Homme*, Revue en ligne du CREDOF, 2015, n° 8, ou encore Leveneur (Laurent), « Propos introductifs », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, 2018, n° 16, p. 47.

⁵ Chénéde (François), « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2013, p. 139 et s., spécialement n°22.

⁶ Le 10 décembre 1948.

⁷ Champeil-Desplats (Véronique), *Théorie générale des droits et libertés, Perspective analytique*, Dalloz, 2019, p. 173.

⁸ Husson-Rochcongar (Céline), *Droit international des droits de l'homme et valeurs, Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 441.

⁹ Husson-Rochcongar (Céline), *Op. cit.* p. 446.

¹⁰ Le Comité des droits de l'Homme de l'ONU n'est apparu qu'en 1976, et ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte.

¹¹ Rochfeld (Judith), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2022 (3^e édition), p. 227.

141. Critique du positivisme

Cette évolution de la pensée qui a contribué à mettre l'effectivité au cœur de la réflexion des juristes est passée par une critique d'un positionnement épistémologique qui serait répandu parmi ceux-ci. Il s'agit du positivisme, qui revient très schématiquement à considérer que l'objet d'étude est « *extérieur à son examinateur qui tente de le décrire ou de l'expliquer, objectivement, à partir d'une observation* »¹. Une telle démarche peut conduire le juriste à considérer, que, lorsqu'un énoncé correspond aux critères formels de la norme, il doit scientifiquement être tenu pour tel, quel que soit le point de vue personnel du juriste à son sujet. Autrement dit, « *le positivisme rejette catégoriquement toute référence à un prétendu droit naturel et refuse corrélativement de subordonner la validité d'un ordre juridique à un jugement porté sur sa valeur morale* »². Il serait dès lors possible de dire que les règles « *quel que soit leur contenu, doivent être obéies non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont le droit* »³. Cette pensée, de manière expressive, est souvent résumée en allemand par la formule *Gesetz ist Gesetz*⁴ attribuée à Radbruch⁵.

Dans le contexte de l'État français instauré à la suite de l'armistice de juin 1940, qui a pris une part active dans la discrimination et la déportation des juifs, un tel positionnement épistémologique pose particulièrement question⁶. Madame Lochack soutient que « *le positivisme, discours neutre et objectif, a fonctionné comme un piège* »⁷, permettant la

¹ Maulin (Éric), « Positivisme », in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

² Lochak (Danièle), « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252 et s.

³ Tropper (Michel), entrée « Positivisme », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993. Dit autrement, le positivisme juridique « *est le refus que des règles non écrites (dites de « droit naturel ») priment les règles écrites* ». Rouvière (Frédéric), *Argumentation juridique*, PUF, 2023, n°20.

⁴ Que l'on peut traduire par : la loi, c'est la loi. Le sens est cependant plus subtil, le mot dérivant de *setzen*, qui signifie poser, établir. La formule approche donc, en substance, de l'affirmation que ce qui est posé comme loi est la loi. Sur le positivisme, voir également Dworkin (Ronald), *L'empire du droit*, PUF, 1994, traduction de Soubrenie (Elisabeth), p. 35.

⁵ Le philosophe du droit, du moins dans sa période tardive ne souscrivait pas à cette maxime défendant au contraire la différence de substance entre le *Sein* et le *Sollen*, lorsque la maxime précitée se désintéresse quelque peu du devoir-être (en témoigne son dépliant distribué aux étudiants d'Heidelberg en 1945, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, envisageant de manière pratique la résistance à un ordre inique, et concluant qu'il y « *a des principes juridiques qui sont plus forts que n'importe quelle loi, de sorte qu'une loi qui les contredit est dépourvue de validité* »).

⁶ S'il est aujourd'hui classique de questionner une certaine conception du positivisme en mobilisant le droit nazi (pour un résumé de la controverse, voir Mongoin (David), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022 (1^{re} édition), n° 76 et s.), ou, comme ici, celui du régime de l'État français, les auteurs n'ont pas attendu les atrocités de la seconde guerre mondiale pour utiliser cet angle de critique du positivisme. Maury considérait que la doctrine de Kelsen, en retenant que tout droit « *idéal* » ou naturel n'est qu'une « *croyance subjective* », « *justifie du point de vue juridique toutes les tyrannies* » (Maury (Jacques), « Observations sur les idées du professeur H. Kelsen », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, LGDJ, vol.49, 1929, p. 537 et s., spécialement n° 20).

⁷ Lochak (Danièle), « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in *Le droit antisémite sous Vichy*, Le seuil, 1996, p. 433 et s.

« légitimation »¹ de la politique antisémite. Le cadre conceptuel positiviste aurait en effet permis à certains juristes de commenter le statut des juifs avec un détachement et une technicité masquant le caractère exorbitant de cette législation, la traitant comme ils auraient pu traiter toute autre loi, créant une sorte « *d'effet d'anesthésie* »².

142. **Critique d'un positivisme** Ce lien entre la méthode positiviste et la légitimation par les juristes français des crimes de l'État français est hautement polémique. Monsieur Tropper³ lui oppose que « *si la doctrine juridique française a bien participé à la légitimation de la politique antisémite de vichy, ce n'est pas parce qu'elle était positiviste, mais parce qu'elle ne l'était pas* »⁴, sans remettre le moins du monde en cause la responsabilité de certains auteurs dans la légitimation du droit antisémite pointée par Mme Lochak. Comme l'expliquera plus tard Monsieur Camy, les désaccords entre ces deux auteurs portent fondamentalement sur la conception retenue du positivisme, cette doctrine juridique pouvant avoir selon ceux qui s'en réclament des implications très diverses et dans une certaine mesure contradictoires⁵. Ross écrivait que « *la posture positiviste ne concerne pas la morale, mais la logique du discours moral ; elle n'a pas trait à l'éthique, mais à la métaéthique* »⁶, rappelant en creux la possibilité d'une éthique du juriste en dehors du positivisme. Cette discussion relève plus d'une critique d'une certaine vision, peut-être redoutée ou fantasmée, du positivisme juridique que d'une critique de ce positivisme, ou seulement de la critique « *d'un certain positivisme, selon lequel le droit n'aurait rien à dire sur les choix de valeur et le juriste ne pourrait donc être qu'un pur technicien* »⁷. Il n'est cependant pas utile ou opportun de prendre ici position sur ce débat de théorie du droit, mais seulement de constater qu'il nourrit une discussion véritable sur un modèle du droit faisant la part belle au texte de loi, qui peut conduire à des excès s'il n'est doté de contreponds. Dans ce sens, il déborde largement la question

¹ Lochak (Danièle), « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252 et s.

² *Ibidem*.

³ Qui relève que le positivisme, polysémique, a pu être « *accusé d'être l'idéologie tantôt du totalitarisme, tantôt de la démocratie libérale* ». Tropper (Michel), entrée « Positivisme », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

⁴ Troper (Michel), « La doctrine et le positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 291 et s.

⁵ Camy (Olivier), « Le positivisme comme moindre mal ? Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles, 1997, volume n°39, p. 1 et s.

⁶ Ross (Alf), *Introduction à l'empirisme juridique*, traduction de Millard (Éric) et Matzner (Elsa), LGDJ-Bruylant, 2004, p. 159 et s.

⁷ Fabre-Magnan (Muriel), « Avortement et responsabilité médicale », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2001, p. 285.

historique de l'État français pour interroger les conceptions contemporaines du droit.

143. Conséquences sur la place de la loi

Cette discussion donne lieu à une remise en cause de la place de la loi, qui a perdu de sa superbe depuis le légicentrisme promu par la Révolution de 1789 et entretenu par le Code civil et son accueil au long du XIXe siècle. Messieurs Gicquel notent que « *la loi n'est plus l'arche sainte, qu'elle était au XIXe siècle, (...) elle est faillible* »¹, tandis que le rapport Sauvé constate sobrement que la loi s'est « *banalisée* » et « *ne s'impose plus en majesté* »². De manière plus précise, le juge Potocki relève « *l'apparition du "droit", norme composite et transnationale, qui englobe et encadre la "loi" au sens strict, produite par le législateur national, ce que ce dernier ressent parfois comme une dépossession* ».³ De fait, bien rares sont les juristes à considérer que les droits fondamentaux des individus peuvent être effectivement garantis par le fonctionnement du processus législatif, quand bien même le législateur aurait à cœur cette protection et aurait la volonté de respecter les déclarations de droit. Ainsi, « *il n'est guère de théoriciens du droit qui, à l'heure actuelle, défendent encore, de façon explicite et argumentée, le paradigme cartésien, à savoir la capacité du droit à être entièrement prédéterminé par le législateur* »⁴. Quelques décennies avant, Villey ne disait pas autre chose, quoiqu'il semblât moins s'en réjouir, lorsqu'il constatait que « *tout excès engendre son contraire [et que] au positivisme juridique, il fut besoin d'un antidote* »⁵.

Pour Villey, cet antidote s'est trouvé être « *la figure des "droits de l'homme", tirée de la philosophie de l'École du Droit naturel* »⁶. Cependant, ces droits de l'Homme, bien que Villey les relie au droit naturel, ne sont plus les mêmes aujourd'hui que ceux de 1789, pourtant nés sous les mêmes auspices⁷. Ils ont en effet été transfigurés par l'aspiration à l'effectivité, qui constitue une « *rupture avec les conceptions dogmatiques suivant lesquelles la validité du droit réside plus en lui-même, dans la logique de sa propre construction qu'elle ne résulte de sa*

¹ Gicquel (Jean) et Gicquel (Jean-Éric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 2022 (34^e édition), n°409.

² *Rendre justice aux citoyens*, Rapport du comité des États généraux de la justice, Avril 2022, p. 10.

³ Potocki (André), « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in États généraux de la justice civile — Réflexions à partir du rapport Sauvé — Colloque du 15 septembre 2022, *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2022, supplément au n° 41, p. 17.

⁴ Van Meerbeeck (Jérémy), « Penser par cas... Et par principes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles, 2014, n°2, p. 73 et s.

⁵ Villey (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2014, p. 9.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Le préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 vise les « *droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme* » avant de placer l'Assemblée nationale « *sous les auspices de l'Être suprême* ».

réalisation sociale »¹. Ainsi, elle les libère du légicentrisme pour conduire théoriciens et praticiens à penser leur réalisation concrète². Dorénavant, ils doivent concrètement « *protéger [les citoyens] face au Parlement* »³, lorsque ceux-ci se trouvent « *confrontés à une loi oppressive ou liberticide* »⁴. Cela fait de l'effectivité « *le critère essentiel de respect des droits de l'homme* »⁵.

Cet intérêt renouvelé pour l'effectivité du droit, porté par la question des droits de l'Homme, devait donner lieu à diverses manifestations. En matière de pratique des droits fondamentaux, ces manifestations, bien réelles, s'accompagnent cependant de vives critiques. Il est nécessaire d'exposer ces différents aspects pour comprendre l'écosystème de pensée dans lequel s'insère le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

B : Manifestations dans la pensée juridique

144. **Le droit au prisme de l'effectivité** La prise de conscience de la nécessité de l'effectivité au XX^e siècle a conduit les juristes à repenser des pans entiers de leur art. Cela se manifeste tant hors du champ des droits fondamentaux (1) qu'en matière de droits fondamentaux (2).

1 : Hors des droits fondamentaux

145. **Droit processuel** Né du constat qu'il « *ne suffit plus de proclamer généreusement des droits et d'invoquer à la hâte des principes* »⁶ en laissant au législateur la tâche de les appliquer et de les respecter, l'intérêt nouveau pour l'effectivité a grandement influé sur la pensée juridique de la seconde moitié du XX^e siècle. Les conceptions des droits et libertés fondamentaux qui sous-tendent la concrétisation du contrôle de la hiérarchie des normes s'insèrent dans un complexe univers de pensée, n'en constituant qu'une déclinaison. Afin de

¹ Commaille (Jacques), entrée « Effectivité » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

² Cette concrétisation suppose nécessairement un certain degré d'intervention du juge. Comme le relèvent Monsieur Baranès et Madame Frison-Roche, « *le législateur ne peut que produire les instruments normatifs, à travers les lois, mais non les appliquer lui-même : il n'a pas le pouvoir de rendre effectives les règles qu'il édicte. Si l'on pose que le droit ne prend vie, c'est-à-dire n'existe, qu'à travers son application, le système juridique doit mettre en avant, d'une façon première, ce souci d'effectivité du droit. Par conséquent, il cesse nécessairement de reposer sur la loi pour se reconstruire à partir du jugement* ». Baranès (William) et Frison-Roche (Marie-Anne), « Le souci de l'effectivité du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1996, p. 301.

³ Gicquel (Jean) et Gicquel (Jean-Éric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 2022 (34^e édition), n°409.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Millard (Éric), « Le positivisme et les droits de l'Homme », *Jurisprudence-Revue critique*, Université de Savoie, 2010, n°1, p. 47 et s.

⁶ Baranès (William) et Frison-Roche (Marie-Anne), « Le souci de l'effectivité du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1996, p. 301.

comprendre qu'il s'agit d'un mouvement de fond, il n'est pas inutile d'en exposer brièvement quelques exemples saillants, qui ne servent qu'à l'illustrer, et non à en présenter toutes les manifestations.

L'exemple du droit processuel, discipline académique juridique apparue en France durant la seconde moitié du siècle dernier, est intéressant, manifestant une évolution vers l'effectivité. Cet objet de recherche et sujet d'enseignement visait au départ à présenter une « *synthèse* »¹ des différentes procédures pratiquées en France à l'usage des étudiants aspirant à l'avocature afin de permettre une étude des notions transversales « *de l'action, de l'instance et de la décision* »². La discipline devait par la suite transcender cet objectif pédagogique pour « *change[r] de dimension* »³ afin de s'intéresser « *aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès* »⁴. Derrière ce changement de perspective se trouvait un objectif nouveau : en « *réinsérant la règle technique étudiée dans le schéma processuel des droits fondamentaux* »⁵, le processualiste doit pouvoir vérifier « *qu'elle respecte les droits fondamentaux du justiciable* »⁶. Le droit processuel se met au service des droits fondamentaux du procès afin de vérifier que, au-delà des manifestations pratiques de chaque procédure qui peuvent adopter des apparences différentes, les droits garantis trouvent à s'appliquer de manière effective dans leur pleine substance. Les droits fondamentaux se placent au cœur du droit processuel grâce à l'irruption de la question de l'effectivité, et changent la discipline de perspective. Ce changement ne s'est d'ailleurs pas trouvé cantonné aux facultés de Droit, permettant des évolutions de la technique procédurale. Pour le Doyen Guinchard, « *un droit commun du procès se construit sous nos yeux, par l'impulsion que donnent à tous les contentieux, au-delà de leurs divergences congénitales, les sources supra-législatives de ce droit* »⁷. Ces sources supra-législatives, dont l'effectivité est recherchée, ne sont autres que les droits fondamentaux du procès.

146. Sociologie juridique En s'éloignant des disciplines exclusivement juridiques, la naissance de la sociologie juridique est également illustrative de l'appropriation de l'effectivité

¹ Foyer (Jean), « Préface », in Motulsky (Henri), *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

² Cadiet (Loïc), Normand (Jacques) et Amrani-Mekki (Soraya), *Théorie générale du procès*, PUF, 2020 (3^e édition), n^o4.

³ Guinchard (Serge) *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, 2023 (12^e édition), n^o4.

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ Guinchard (Serge), « D'un souffle républicain à l'autre : les coutures du droit à l'aune de la devise républicaine », in *Les coutures du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Théry*, LGDJ Dalloz, 2022, p. 291 et s.

par les juristes. Si le sens du mot sociologie a beaucoup évolué depuis, le terme aurait été créé par Auguste Comte en 1839¹. Il faut cependant attendre la fin des années 1950 pour que certains juristes, au premier rang desquels le Doyen Carbonnier, se saisissent de ses outils pour analyser le droit à leur prisme, créant une discipline ayant pour objet « *l'étude des interrelations entre droit et société* »². Le constat de départ du Doyen était que « *le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* »³, la sociologie étant l'outil idoine pour observer comment les humains reçoivent la norme et ce qu'ils en font, permettant notamment d'aborder « *l'inefficacité de la loi* »⁴. La volonté de ne pas se limiter aux outils traditionnels du juriste pour penser l'effectivité est plus clairement exprimée lorsque le Doyen indique que « *l'application effective, l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit* »⁵ alors que « *l'inapplication des lois atteste qu'une fonction gouvernementale n'est pas remplie : c'est un non-sens, quelque chose d'anormal et de condamnable* »⁶, que ne peut pourtant détecter le « *droit dogmatique* »⁷. L'effectivité, placée « *au cœur de la sociologie juridique* »⁸, permet d'étudier le droit « *comme un phénomène social* »⁹, détectant des situations où il ne peut trouver son application concrète qui passerait sous les radars d'une réflexion juridique ignorant les aspects concrets de l'accueil de la règle. Cela a par exemple permis au Doyen Carbonnier de poser l'hypothèse du non-droit¹⁰, permettant d'explorer des espace-temps où la règle s'efface derrière la réalité du monde, laissant place à des espaces de liberté. Grâce à ces réflexions, l'effectivité du droit est mieux comprise sous le prisme des sciences sociales.

147. Approche critique du droit La quête d'effectivité du droit a enfin poussé certains juristes à produire une réflexion engagée politiquement, tel le courant des *Critical*

¹ Lalande (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, 1947, entrée « Sociologie ».

² Commaille (Jacques), entrée « Sociologie juridique » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

³ Carbonnier (Jean), *Flexibles droits, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e Édition, LGDJ, 2001, p. 8 (reproduction de la préface à la première édition de 1969).

⁴ Carbonnier (Jean), *Sociologie juridique*, polycopié du cours prononcé à l'Université Paris II durant l'année 1972-1973, publié par l'Association corporative des étudiants en droit et en sciences économiques de Paris et archivé sur le site internet de la Bibliothèque Cujas (<http://cujas-num.univ-paris1.fr/ark:/45829/pdf0603887042>), p. 112.

⁵ Carbonnier (Jean), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, Presses universitaires de France, volume 9 (1957-1958), p. 3 et s.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Jamin (Christophe), « Ouverture et fermeture disciplinaire chez les civilistes : sociologie du droit, comparatisme et linguistique juridique », in Jamin (Christophe) et Melleray (Fabrice), *Droit civil et droit administratif, Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, n° 27, spécialement p. 113.

⁹ Fenouillet (Dominique), « Avant-propos » in Fenouillet (Dominique), (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, 2015, p. 1.

¹⁰ Sur laquelle voir Fenouillet (Dominique) « Le non droit, Une invitation à lire et relire Carbonnier », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°19, décembre 2019, p. 149 et s.

Legal Studies aux États-Unis d'Amérique, qui traite de « *la relation entre les études et la pratique du droit* »¹ et poursuit « *la lutte pour créer une société plus humaine, égalitaire et démocratique* »² ou le mouvement Critique du droit en France. Monsieur Miaille, qui a joué un certain rôle dans ce dernier, met la réflexion sur l'effectivité au centre de l'art juridique, le décrivant comme « *un ensemble de pratiques de médiations* »³, la pensée critique ayant pour but de révéler « *une structure profonde, cachée mais expressive de la réalité, au-delà de ce qui est visible* »⁴. L'effectivité du droit est ici utilisée comme un outil de critique de l'ordre juridique à des fins politiques.

2 : En matière de droits fondamentaux

148. **Innovation substantielle** La pensée juridique portant sur les droits et libertés fondamentaux, qui a été à l'origine de l'intérêt des juristes pour l'effectivité, a très vite intégré cette dimension en son sein, donnant naissance à de nouveaux outils de pensée. Il s'agit d'abord des droits fondamentaux de seconde (ou de deuxième) génération, les droits créances. S'ajoutant aux libertés proclamées en France dès 1789, qui consistaient en une abstention de l'État ménageant un espace d'expression (religieuse, politique...) et de respect (de la propriété, du principe de légalité des délits et des peines...) pour les citoyens, ils posent des droits que le citoyen est en droit d'exiger⁵, faisant suite aux droits économiques et sociaux présents dans les constitutions françaises dès la IIe République⁶. Il s'agit par exemple du droit à « *la protection de la santé* »⁷ ou du droit d'asile pour toute personne « *persécuté[e] en raison de son action en faveur de la liberté* »⁸. Ces droits fondamentaux nouveaux, qui s'adressent à un Homme « *concret* »⁹ et « *situé* »¹⁰ procèdent de l'effectivité en ce qu'ils s'intéressent à la situation concrète des individus¹¹, qui conditionne l'exercice effectif de leurs droits fondamentaux de première génération.

¹ Kennedy (Duncan) et Klare (Karl), « A bibliography of Critical Legal Studies », *Yale law journal*, volume 94 (1984), p. 461 et s., traduction personnelle.

² *Ibidem*.

³ Miaille (Michel), « La critique du droit », *Droit et société*, LGDJ, n°20-21, 1992, p. 73 et s.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Du moins conceptuellement, l'existence d'une juridictionnalisation des droits fondamentaux n'étant pas de l'essence des droits fondamentaux de seconde génération.

⁶ Nemo (Philippe), *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, PUF, 2002, p. 488.

⁷ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 11.

⁸ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 4.

⁹ Burdeau (Georges), *La démocratie, Essai synthétique*, Office de publicité, Bruxelles, 1956, p. 19.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Levinet (Michel), *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 2012, p. 122.

149. **Innovation formelle** Sur le plan formel, les textes internationaux de protection des droits fondamentaux, telle la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, poursuivaient aussi cet objectif d'effectivité, venant placer « *l'objectif de respect des droits et libertés sous la responsabilité conjointe des états signataires* »¹ et progressant sur la voie d'une juridictionnalisation.

L'effectivité semble aujourd'hui au cœur de la réflexion sur les droits de l'Homme, redessinant le champ de la philosophie des droits de l'Homme, qui vise désormais « *surtout la consécration de ces droits par les systèmes de droit positif, voire contre les systèmes de droit politique ; en bref à faire des "droits de l'homme" des droits des hommes et des femmes* »².

Cependant, cette soif d'effectivité conduit naturellement à envisager sa promotion au-delà de la simple consécration de droits nouveaux, même prenant en compte l'effectivité dans leur énonciation³. Si la proportionnalité permet cela, ce mouvement de prise en compte accrue de l'effectivité en matière de droits de l'Homme suscite des réticences parmi les juristes.

Paragraphe II : Application à la pratique des droits fondamentaux

150. **Application contestée** L'intérêt pour l'effectivité du droit, qui s'est grandement accru au cours du XXe siècle, n'a pas laissé de côté les droits fondamentaux. Sur le plan de la pensée, il n'est plus envisageable de concevoir ou de présenter ceux-ci sans s'interroger sur leur traduction pratique, leur réalité pour le citoyen. De tels raisonnements, cependant, s'ils s'intéressent à l'effectivité des droits fondamentaux, ne disent rien des conséquences pratiques que cet intérêt doit avoir sur ces droits, c'est-à-dire sur les conséquences qu'il convient de lui faire produire sur leur place au sein du droit positif. Sur ce sujet, la réflexion paraît beaucoup moins consensuelle, certains discutant de la pertinence d'une effectivité des droits fondamentaux dans le système judiciaire (A), laquelle affecte profondément le système normatif (B).

¹ Husson-Rochcongar (Céline), *Droit international des droits de l'homme et valeurs, Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 445.

² Millard (Eric), entrée « Effectivité des droits de l'Homme » in Gaudin (Hélène), Rials (Stéphane), Sudre (Frédéric), Marguénaud (Jean-Pierre) et Andriantsimbazovina (Joël), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008.

³ Pour le philosophe Marcel Gauchet, cette évolution, durant les dernières décennies du siècle dernier, relèverait d'une juridicisation des droits fondamentaux. Il relève que « *nous sommes entrés, depuis les années soixante-dix et quatre-vingt, dans une troisième étape de la définition de ces droits. Elle est animée par une vision fondamentalement juridique des droits personnels, à tel point que l'on pourrait parler, à propos de cette nouvelle figure des droits de l'homme, des droits de l'individu en société contre la société. (...) Le phénomène étonnant de notre histoire est qu'ils sont sortis des livres pour devenir la trame même des sociétés* » (Gauchet (Marcel), « Que faire des droits de l'homme ? », *Revue des deux mondes*, Février-Mars 2018, p. 8 et s.).

A : La critique de l'effectivité des droits fondamentaux

151. **Objet des droits fondamentaux** Les droits fondamentaux seraient par nature inaptes à l'effectivité (1) laquelle serait porteuse de graves dangers pour la société (2).

I : Inaptitude des droits fondamentaux à l'effectivité

152. **Allégation** La critique contemporaine des droits fondamentaux dans leur ensemble se concentre sur les conséquences pratiques que le système juridique peut leur faire produire, ne s'aventurant pas sur le terrain d'une critique de la notion elle-même, qui paraîtrait bien peu moderne. Bien au contraire, il est possible de défendre une conception maximaliste des droits fondamentaux, les plaçant sur un piédestal élevé, pour mieux leur dénier toute vocation à une concrétisation au service des citoyens.

Monsieur Chénéde rappelle ainsi que ces droits fondamentaux sont « *les valeurs fondatrices de la polis* »¹ et « *les premières pierres de l'organisation de la vie en société* »². Constituant le socle de la pyramide, seul indispensable, mais insuffisant à lui seul, les droits fondamentaux ne sont pas « *des normes comme les autres* »³ et ne peuvent qu'être « *le point de départ et non le point final (...) de l'activité politique* »⁴. C'est par conséquent au législateur qu'il revient de bâtir, à partir de ce socle, des règles aptes à régir la vie en société, conciliant les normes fondamentales « *non seulement entre elles, mais également avec le bien commun* »⁵, alors que les droits de l'Homme sont « *par nature incapables, à eux seuls, d'apporter une solution à un conflit juridique* »⁶. Pour ces raisons, ceux qui s'obstineraient à penser que les droits fondamentaux peuvent constituer le sommet de la hiérarchie des normes auquel chaque norme doit, *in fine*, se conformer ou céder sa place, seraient atteints par une « *myopie juridique [qui] confine à l'aveuglement* »⁷.

Face à cette critique, il n'est pas inutile de remonter quelques décennies en arrière pour lire les auteurs hostiles à la concrétisation des droits fondamentaux. Par exemple pour le Doyen Carbonnier les droits fondamentaux n'auraient pas vocation à donner du droit. Pour lui, « *la morale des droits de l'homme aurait pu demeurer morale pure, ne relevant que de la conscience*

¹ Chénéde (François), « Brèves remarques sur la "fondamentalisation" du droit de la famille », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 41 et s.

² *Ibidem*.

³ Chénéde (François), « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 179.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Chénéde (François), « De l'équité aux droits de l'homme », *AJ Famille*, Dalloz, 2013, p. 663.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Chénéde (François), « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 179.

individuelle »¹, ne constituant que des principes de conduite fondant la société entre les Hommes, mais dépourvus de tout effet obligatoire. À l'inverse, dès lors que les droits de l'Homme seraient utilisés pour produire des effets de droit, ils cesseraient d'appartenir à la morale pour relever de la « *morale d'État* », laquelle « *s'est dégagée du culte rendu aux droits de l'homme, ceux de la déclaration de 89 comme ceux de la convention européenne* »². Villey va plus loin, soutenant que les droits fondamentaux seraient par nature inaptes à donner du droit. Il retient en effet que ces droits « *sont une œuvre de non-juristes* »³, et ont pour support des déclarations au programme « *contradictoire* »⁴, « *chacun des prétendus droits de l'homme [étant] la négation d'autres droits de l'homme* »⁵. Monsieur Nemo, philosophe, défend une thèse convergente, ajoutant que ce caractère inconciliable des droits de l'Homme les uns avec les autres se serait accru avec le développement des droits de deuxième génération, faisant peser le risque d'une « *insignifiance intellectuelle* »⁶ des textes les garantissant.

153. Critique de l'allégation

Les écrits du Doyen Carbonnier et de Villey sur les droits de l'Homme, en ce qu'ils analysent la cohérence conceptuelle des droits fondamentaux tels que présentés dans les grandes déclarations, sont impérissables. Ils sont cependant datés, c'est-à-dire, sans aucun sens péjoratif, inscrits dans l'état du droit et des connaissances qui existait lors de leur écriture. Cela rappelé, il faut se borner à dire avec Monsieur Marguénaud que, depuis que ces pensées ont été développées, les auteurs et les juridictions ont grandement progressé dans leur œuvre visant à « *sortir les droits de l'Homme de leur indétermination, les diffuser horizontalement dans les relations interindividuelles et leur permettre, bel et bien, de trancher des litiges particuliers* »⁷. Il semble par conséquent anachronique de convoquer ces grands juristes pour appliquer leur pensée à l'époque contemporaine sans la replacer dans son contexte. Cependant, la critique des droits de l'Homme, s'inscrivant dans la réflexion sur la place qui doit leur revenir, demeure vivace, défendant, y compris récemment, bien plus que leur simple inaptitude à se faire droit.

¹ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs, 2010, p. 119.

² Carbonnier (Jean), *Op. Cit.* p. 118.

³ Villey (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2014, p. 137.

⁴ Villey (Michel), *Op. Cit.* p. 12.

⁵ Villey (Michel), *Op. Cit.* p. 13.

⁶ Nemo (Philippe), *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, PUF, 2002, p. 488.

⁷ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

2 : Danger de l'effectivité des droits fondamentaux

154. **Allégation : encouragement de l'individualisme** Les droits fondamentaux, dont les évolutions contemporaines s'apparentent pour certains à une « *épidémie de fondamentalité (...) à considérer sérieusement* »¹, seraient porteurs de graves dangers qui se manifesteraient particulièrement lorsqu'il s'agit de promouvoir leur effectivité. Pour Villey, les droits de l'Homme alimenteraient l'individualisme. L'auteur exprime ses regrets : « *malheureusement, nous en sommes là : tous — les syndicats, les femmes, les handicapés — ont pris l'habitude de calculer leurs “droits” sur la seule considération narcissique d'eux-mêmes et d'eux seuls* »². Les droits de l'Homme, une fois devenus effectifs, ne seraient plus la manifestation de la dignité de chaque être humain que la société s'honore à reconnaître, mais une machine à désintégrer la société alimentée par les aspirations égoïstes de chacun. S'il est aisé de reconnaître que ce résultat serait inéluctablement atteint si chacun pouvait invoquer ses droits fondamentaux à tort et à travers sans contrôle extérieur, il est possible de soutenir que les dispositifs actuels rendant effectifs les droits fondamentaux concourent à l'éviter. Cependant, pour Villey, ce vice serait de la substance même des droits fondamentaux, ceux qui les ont formulés ayant commis l'erreur de « *constituer les obligations juridiques (par nature multilatérales) sur des maximes de moralité subjective, [par exemple] du devoir qu'aurait l'individu de “tenir ses promesses”, on déduit le consensualisme et la “liberté contractuelle”* »³. Il n'est ici pas aisé de saisir en quoi le changement de formulation de la règle *pacta sunt servanda* d'un point de vue individuel à un point de vue relationnel est autre chose qu'une reformulation par généralisation qui n'altère pas la règle mais la distille en en concentrant les conséquences dans une formule accessible.

Les droits de l'Homme, de plus, seraient une manière de ressusciter le jugement en équité. Pour Monsieur Rouvière, en réalisant une « *appréciation des intérêts en présence* »⁴, les droits de l'Homme utilisés dans l'instance deviendraient « *une forme d'argument joker [admettant] de façon généralisée un règne sous-jacent de l'exception d'équité* »⁵.

155. **Critique de l'allégation** Cependant, les droits de l'Homme ne deviennent un joker dépourvu de justification qu'en l'absence de contrôle de la manière dont ils sont

¹ Loiseau (Grégoire), « La fondamentalisation du droit des personnes », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 37 et s.

² Villey (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2014, p. 97.

³ Villey (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2014, note *infrapaginale* n°1 p. 97.

⁴ Rouvière (Frédéric) « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités*, ENM, Décembre 2020, n°24 p. 35

⁵ *Ibidem*.

invoqués dans le débat. Au contraire, le développement de l'utilisation des droits de l'Homme devant les juridictions est de nature à construire une jurisprudence établissant un cadre d'invocation, empêchant les parties à court d'arguments de les invoquer sans discipline argumentative¹. Ce n'est que si le juge manquait gravement à son office que les droits fondamentaux pourraient jouer ce rôle de *joker*.

156. **Allégation : destruction du droit** Les droits de l'Homme, enfin, versés dans le grand bain du procès, auraient un effet corrosif sur le droit. Certains relèvent que « *le droit s'est déjà dilué dans les droits fondamentaux [et qu'il] n'est donc pas étonnant qu'il se dissolve un peu plus dans le règlement des conflits de ces mêmes droits* »². En effet, l'idée semble encore répandue parmi les juristes que la loi, supposée être élaborée avec soin par un législateur prenant en compte les différentes externalités et effets, devrait après sa promulgation s'appliquer sans exception, peu important les normes supérieures et les situations factuelles pour peu qu'elles se subsument dans les prévisions de la loi, même de manière artificielle. Un auteur constate que « *pour la plupart des juristes français, il est nécessaire à la majesté de la loi républicaine, porteuse d'idées généreuses et fraternelles mais abstraites, qu'elle soit impitoyablement appliquée sans tenir le moindre compte de la cruauté particulière des conséquences qu'elle peut entraîner pour des personnes que les mille hasards de la vie en société ont placées en porte à faux* »³.

Face à une telle argumentation, il apparaît que le débat sur la montée en effectivité des droits fondamentaux n'est pas seulement un débat juridique, mais relève du point de vue ou de l'éthique, questionnant la conception que se fait chacun de la morale, ce à quoi la science du droit n'a pas de réponse à apporter. La question des effets de la possibilité d'invoquer en justice les droits fondamentaux n'est que seconde à cette réflexion, et ne peut être appréciée qu'à l'aune de celle-ci. En revanche, s'agissant de l'observation de la réalité de cette effectivité, le débat est moins ouvert.

¹ Sur la manière dont cet encadrement peut concrètement fonctionner concernant le contrôle de proportionnalité, voir *infra* n°437 et s.

² Puig (Pascal), « L'excès de proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 70.

³ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

B : La réalité contemporaine de l'effectivité des droits fondamentaux

157. **Juridictionnalisation** L'application effective des droits fondamentaux est aujourd'hui une réalité tangible, nonobstant le débat sur son opportunité. Villey concédait déjà que les droits de l'Homme sont « opératoires »¹, et reconnaissait même qu'ils sont « utiles aux avocats d'excellentes causes, protégeant des abus du gouvernement et de l'arbitraire du droit positif »². De manière contemporaine, ce constat est partagé, un auteur parlant de « juridicisation »³ des droits fondamentaux pour décrire le passage « de l'idéologie à la pratique des droits de l'homme »⁴.

Est plus largement décrit un mouvement de « renforcement global du contrôle du respect des droits de l'homme »⁵ passant par la soumission des « mesures qui y portent atteinte à une épreuve scrupuleuse de vérification »⁶. Ailleurs, il est remarqué que « les systèmes démocratiques attachés aux droits de l'homme enregistrent de plus en plus largement l'idée du droit au recours comme élément d'effectivité, y compris contre les autorités publiques »⁷. La descente des droits fondamentaux du firmament des grands textes politiques vers les réalités concrètes du *forum* est une réalité largement constatée, et parfois vue comme inéluctable⁸. Ce constat, cependant, ne décrit pas comment cette évolution s'opère, la simple invocation d'une juridictionnalisation des droits de l'Homme ne disant rien de ce que cette expression peut ou doit recouvrir. Dans cette réflexion, le contrôle de proportionnalité semble occuper une place de choix.

Section II : La nécessité du contrôle concret pour l'effectivité des droits fondamentaux

158. **Adéquation de la proportionnalité à la demande d'effectivité** Le développement de l'effectivité des droits fondamentaux est un mouvement complexe, soutenu par un renouvellement théorique de ces objets juridiques. Cependant, ces évolutions

¹ Villey (Michel), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2014, p. 14.

² *Ibidem*.

³ Chénéde (François), « Brèves remarques sur la “fondamentalisation” du droit de la famille », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 41 et s.

⁴ Chénéde (François), « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2013, p. 139 et s., spécialement n° 19 et suivants.

⁵ Dubout (Édouard), « Le côté obscur de la proportionnalité », *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 183.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Millard (Éric), « Le positivisme et les droits de l'Homme », *Jurisprudence-Revue critique*, Université de Savoie, 2010, n°1, p. 47 et s.

⁸ Pour Monsieur Desmons, « s'ils trouvent leur formulation dans de grands textes déclaratifs, ces droits ne peuvent acquérir de positivité — et ainsi devenir une politique — que lorsqu'ils sont sanctionnés par un juge » (Desmons (Éric), « Démocratie constitutionnelle ou autocratie judiciaire ? », *Revue des deux mondes*, Février-Mars 2018, p. 72 et s.).

conceptuelles ne concourraient guère à l'effectivité des droits fondamentaux si elles ne débouchaient pas sur des outils concrets faisant de l'effectivité une réalité dans la pratique du droit. Ces outils permettant une certaine prise en compte des droits de l'Homme comme quelque chose de plus que des déclarations de principes philosophiques sont nombreux. Il faut cependant constater que, en leur sein, ce qui est nommé contrôle de proportionnalité, à savoir le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, occupe une place particulière. En effet, son aptitude particulière à promouvoir l'effectivité des droits fondamentaux (**Paragraphe II**) est sans équivalent parmi les outils concurrents (**Paragraphe I**), aucun ne permettant la même concrétisation.

Paragraphe I : Absence d'équivalent fonctionnel

159. **Insuffisance des autres outils** Plusieurs outils gravitant dans la sphère des droits fondamentaux permettent de promouvoir leur efficacité ou de modérer l'application de certaines dispositions législatives trop strictes. Aucun, cependant, ne peut remplacer les effets du contrôle de proportionnalité de manière satisfaisante. Les contrôles abstraits, en effet, ne permettent pas d'atteindre le même niveau d'effectivité (**A**), alors que d'autres outils parfois invoqués comme proches du contrôle de proportionnalité ont en réalité un but différent (**B**).

A : Insuffisante effectivité des contrôles abstraits

160. **Absence de concrétisation** Bien que cela relève de l'évidence, il est nécessaire de rappeler que les contrôles du respect de la hiérarchie des normes existant en dehors du contrôle de proportionnalité sont de nature abstraite. Ils ne visent pas à permettre un contrôle de l'effet de l'application de la norme à une situation factuelle, mais seulement à contrôler l'absence de contrariété entre deux normes considérées de manière isolées, déracinées des conditions de leur application. Dès lors, sur le plan de la technique, « *le contrôle abstrait de conventionnalité apparaît (...) comme un doublon un peu superflu du contrôle de constitutionnalité* »¹. Certes, le corpus de règles contrôlées diffère, mais les conséquences pratiques de ces différences sont limitées, et le contrôle garde la même perspective abstraite.

Si c'est une lapalissade de dire que le contrôle abstrait est abstrait alors que le contrôle de proportionnalité ici envisagé est concret, il n'est qu'un étage de la fusée du contrôle du respect

¹ Deumier (Pascal), « Contrôle de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578.

de la hiérarchie réalisant l'effectivité des droits de l'Homme, alors que le second permet de rentrer dans une nouvelle dimension du contrôle. Cependant au-delà de ces limitations techniques substantielles aux contrôles abstraits, le contexte français fait également peser des limitations conjoncturelles à l'effectivité du contrôle de constitutionnalité.

161. Critique du juge constitutionnel Dans le système de protection des droits fondamentaux existant actuellement en France, le Conseil constitutionnel est le seul organe en mesure de vérifier la conformité de la loi aux règles du bloc de constitutionnalité, que cela soit dans le cadre d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori*. Or, s'il est ici hors de propos d'entrer dans le détail, il est utile de rappeler que cette institution est critiquée¹.

Des auteurs constatent en effet à propos du contentieux constitutionnel qu'il n'y a pas « *une concentration de l'intérêt des juristes — certains diraient, en utilisant un langage photographique, une "focalisation" — autour de la protection des droits fondamentaux* »². La culture du Conseil constitutionnel ne serait pas particulièrement orientée vers la défense des droits de l'Homme contre l'autorité publique, ce qui résonnerait avec l'histoire de cette juridiction instituée pour lutter contre l'immixtion du pouvoir législatif dans les prérogatives de l'exécutif.

Plus encore, la composition du Conseil constitutionnel ne semble pas de nature à renvoyer l'image de juges indépendants et à même de trancher de subtiles questions juridiques. Sans mentionner la présence des anciens présidents de la République³, qui semble tomber en désuétude, la nomination des autres membres n'est soumise à un avis des commissions parlementaires que depuis la révision constitutionnelle de 2008⁴. De manière plus significative, la pratique accepte parfaitement que le Conseil soit composé en grande partie d'anciens ministres et ne comporte par moment aucun professeur de droit, chaque audition d'un membre avant qu'il ne puisse siéger illustrant la connaissance limitée du système juridique que cela implique⁵. Tandis que la présence au sein du Conseil de personnes venant d'horizons différents peut satisfaire, considérant que la défense des libertés est un sujet trop important pour être l'apanage des juristes, le caractère largement politique des nominations

¹ Pour une critique récente abordant l'institution tant dans son organisation que dans ses pratiques, Fontaine (Lauréline), *La Constitution maltraitée, Anatomie du juge constitutionnel*, Editions Amsterdam, 2023. L'auteur retient notamment que le Conseil, dont elle critique la « *vacuité réflexive et argumentative* » (p.158), n'est « *pas un contre-pouvoir mais une autre manière d'exercer le pouvoir* » (p.165)

² Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick), Ghevoctian (Richard) *et al.*, Droit constitutionnel, *Dalloz*, 2022 (25^e édition), n°424.

³ Constitution du 4 octobre 1958, article 56.

⁴ Dont l'application est organisée par la loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2008.

⁵ Cette composition pose également un problème d'impartialité (Fontaine (Lauréline), ouvrage précité, p. 38 et s.), appréciée avec des standards bien différents des juridictions s'agissant du Conseil constitutionnel.

interroge plus encore. Dans une récente tribune, des professeurs de droit public déplorent que « *la politisation exacerbée des nominations des membres du Conseil constitutionnel éloigne progressivement la France des dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* », décrivant que l'organe, « *perçu par la classe politique depuis son origine et jusqu'à aujourd'hui comme un organe politique* », reste aujourd'hui « *au-dessous du niveau de juridictionnalisation [observable] en droit comparé* »¹.

En conséquence, les décisions du Conseil constitutionnel statuant sur des points de droit techniques sont parfois sujettes à de vives critiques des professionnels du droit. Par exemple, a été regrettée une décision² censurant en partie le régime empêchant certains travailleurs dans des structures sociales de recevoir des libéralités des personnes prises en charge³. En effet, « *utiliser la mesure constitutionnelle pour décider du sort à réserver à une question de droit civil extrêmement terre-à-terre et concrète, c'est un peu comme conduire une voiture selon le manuel, mais sans regarder la route* »⁴. Le Conseil aurait ici statué « *sur des considérations déconnectées de toute exactitude pratique* »⁵, produisant des motifs d'une « *immense généralité* »⁶, lorsque celui-ci devrait descendre de « *son orbite géostationnaire lorsqu'il touche à l'infiniment petit du quotidien* »⁷. Si ces critiques peuvent convaincre, il faut cependant constater que la simple implication d'un juge de terrain ne permet pas nécessairement une plus grande effectivité des droits et libertés fondamentaux, si celui-ci n'est pas doté d'outils lui permettant de poursuivre cet objectif.

B : Différence de but de certains outils

162. Tentatives d'assimilation du contrôle à d'autres outils Dans leur rôle de description et d'explication des outils juridiques, certains auteurs traitant du contrôle de proportionnalité cherchent à le rapprocher de mécanismes préexistants. L'intérêt de telles réflexions est évident, permettant de le mieux comprendre dans son fonctionnement et ses effets. Toutefois, elles ne sont pas dénuées de risques. En effet, dans un travail de comparaison, s'il est une pente naturelle conduisant à maximiser les différences entre les objets, l'autre est au contraire de les minimiser en se concentrant sur les similarités. Le résultat est alors de faire

¹ Andriantsimbazovina (Joël), Rousseau (Dominique), Champeil-Desplats (Véronique), Mastor (Wanda) *et al.*, « Les droits des justiciables méritent un Conseil constitutionnel à l'abri de toutes sortes d'influences », *Le Monde*, 10 avril 2022.

² Conseil constitutionnel, Décision n°2020-888 QPC du 12 mars 2021.

³ Code de l'action sociale et des familles, article L116-4.

⁴ Casey (Jérôme), « Des réalités de terrain oubliées ; Sur la censure de l'interdiction de recevoir L116-4 CASF », *AJ Famille*, Dalloz, 2021, p. 231.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

passer pour similaires deux objets éloignés. Dans le cadre d'une réflexion sur le contrôle de proportionnalité, il est utile de brièvement analyser les comparaisons effectuées par certains auteurs afin de distinguer en quoi, pour éclairantes qu'elles soient, elles manifestent l'intérêt spécifique du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes dans la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux. Le contrôle de proportionnalité est ainsi souvent comparé avec l'abus de droit¹ ou les troubles anormaux de voisinage². L'apparente parenté est simplement justifiée par un auteur, qui s'interroge : « *après tout, là où il y a proportionnalité il peut y avoir démesure, et là où il y a démesure, ne peut-on pas dire qu'il y a abus ?* »³. Est encore cité comme outil présentant une certaine proximité avec le contrôle, dans un commentaire de l'affaire Gonzalez-Gomez, le délai de grâce existant sur la question posée en l'espèce en droit espagnol comme un « *autre mécanisme d'équité* »⁴ pouvant prendre la place du contrôle, réflexion qu'il est possible d'étendre au délai de grâce existant de ce côté des Pyrénées.

163. **Abus de droit**

L'abus de droit permet de sanctionner l'usage excessif ou contrairement à son but social d'une prérogative juridique. L'exemple topique en est le célèbre arrêt dit Clément-Bayard où la Cour de cassation valide le raisonnement de la Cour d'appel condamnant le propriétaire d'un terrain, qui avait érigé des structures hautes et pointues dans l'unique but d'endommager les ballons dirigeables décollant de la parcelle voisine, à détruire les constructions et à réparer le dommage⁵. Il s'agissait d'un abus du droit de propriété, ce droit étant ici utilisé dans le seul but de nuire, bien que la construction des structures ne soit pas contraire à la lettre de l'article 544 du Code civil. Depuis cette affaire pittoresque, la notion d'abus de droit a été largement utilisée au-delà du domaine de la propriété, tant et si bien qu'il serait aujourd'hui difficile de « *nettement tracer un domaine d'application de la sanction de*

¹ Guilmain (Antoine), « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal*, vol 61, septembre 2015, p. 87 et s. ; Kennedy (Duncan), « A transnational genealogy of proportionality in private law », in Brownsword (Roger) *et al. The foundations of European private law*, Hart publishing, 2011, p. 185 et s., spécialement p. 205 et s. ; Bénabent (Alain), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz 2016, p. 137, pour qui l'abus de droit est l'une des « *simples soupapes exceptionnelles classiques* » ; Jamin (Christophe), « Juger et motiver », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2015, p. 263 pour qui « *le contrôle de proportionnalité a beaucoup à voir avec la théorie de l'abus des droits en ce que celle-ci remet aussi en cause le caractère absolu des droits* » ou encore Martens (Paul), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présences du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 49.

² Guilmain (Antoine), « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal*, vol 61, septembre 2015, p. 87 et s.

³ Ménard (Benjamin), « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 1.

⁴ Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1472.

⁵ Cour de Cassation, Chambre des requêtes, 3 août 1915, 00-02.378.

l'abus de droit »¹. Des auteurs, prenant pour exemple l'abus de droit d'auteur² ou de droits des parties à l'instance,³ relèvent que le mécanisme de l'abus de droit « *n'est peut-être qu'une manifestation, parmi d'autres, de l'évolution générale des systèmes juridiques vers une plus grande souplesse dans l'application du droit* »⁴. L'abus de droit, accueilli dans certaines dispositions législatives⁵, a connu un succès particulier en droit fiscal⁶, servant à sanctionner l'application littérale de la règle fiscale dans un but contraire à celui fixé par le législateur, c'est-à-dire dans le but de minimiser l'imposition⁷. Le mécanisme a même été décliné⁸ pour sanctionner les actes ayant seulement pour « motif *principal d'éviter ou d'atténuer les charges fiscales* »⁹, le flou de cette disposition ayant grandement inquiété les spécialistes de la question¹⁰.

164. Troubles anormaux de voisinage Les troubles anormaux de voisinage sont également cités comme un mécanisme aboutissant à restituer un certain pouvoir au juge et à limiter l'application littérale de la loi en ce qu'ils supposent d'apprécier l'anormalité du trouble. Le juge y est amené à distinguer les troubles normaux de voisinage, qui doivent être supportés par celui qui les subit, des troubles anormaux qui doivent cesser. L'appréciation du trouble est assez libre pour le juge, qui peut recourir à un raisonnement objectif « *le plus souvent en matière de propriété foncière et de moins-value générée par le trouble de voisinage* »¹¹ ou subjectif, le raisonnement étant alors axé sur les « *circonstances du lieu* », les troubles envisageables n'étant pas les mêmes dans une métropole, au bord de la mer, ou dans les alpages.

165. Délais de grâce Il en est de même des délais de grâce, qui permettent au juge de modérer les effets d'un délai prévu par la loi ou le contrat, permettant par exemple de

¹ Rochfeld (Judith), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2022 (3^e édition), p. 257.

² Cadiet (Loïc) et le Tourneau (Philippe), « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°73.

³ *Ibidem*, n°127 et s.

⁴ *Ibidem*, n°6.

⁵ L'article 1221 du Code civil, issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance de 2016, qui interdit l'exécution forcée en nature « *s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* » serait « *une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue* » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

⁶ Livre des procédures fiscales, article L64.

⁷ Serlooten (Patrick), *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2022 (21^e édition), n°44.

⁸ Ce n'est qu'un exemple des multiples facettes de l'abus de droit fiscal, dont Monsieur Gutmann note qu'il est polysémique « *en droit interne, en droit international, et en droit de l'Union européenne* ». Gutmann (Daniel), *Sources et ressources de l'interprétation juridique, étude de droit fiscal*, LGDJ, 2023, n°79.

⁹ Livre des procédures fiscales, article L64A.

¹⁰ Perrotin (Frédérique), « Mini-abus de droit : des précisions attendues », *Les petites affiches*, Lextenso, 2019, n°187, p. 4.

¹¹ Gaillot-Mercier (Valérie), « Troubles de voisinage », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°51.

« renvoyer à plus tard le paiement de la dette »¹. En matière contractuelle, le délai de grâce est prévu dans le Code civil², permettant au juge de « reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues » en considération de « la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier ». Dans ces limites, le juge opère de manière « souveraine »³. En matière de droit de la consommation, le processus d’octroi de délais de grâce est même largement déjudiciarisé, le juge n’intervenant plus qu’en cas de contestation des décisions prises par la commission du surendettement⁴, laquelle peut notamment octroyer un délai maximum de sept ans et un taux réduit⁵.

166. Différences substantielles Ces différents outils présentent un intérêt en ce qu’ils marquent des espaces réservés par la loi ou la jurisprudence à la sagesse du juge. Celui-ci, proche des situations factuelles, est de ce fait considéré comme mieux à même de les apprécier que le législateur qui doit légiférer pour tous les cas à venir. Cependant, si cette remarque les rapproche quelque peu du contrôle de proportionnalité, il serait abusif de considérer qu’ils peuvent s’y substituer, étant radicalement inaptes à concourir à la montée en effectivité des droits fondamentaux, sur lesquels ils ne sont pas assis et dont ils ne traitent que de manière très médiante.

L’abus de droit concerne les rapports horizontaux entre particuliers, ou, pour l’abus de droit fiscal, le rapport entre le contribuable et les Finances publiques⁶. Il permet de détecter et de neutraliser le détournement que fait un citoyen de la loi, utilisant sa lettre pour trahir son esprit. Il ne permet aucunement au citoyen se considérant victime d’une ingérence verticale dans ses droits garantis, provenant de la puissance publique, d’obtenir justice en se plaignant de l’effet de la règle de droit sur sa situation. Aucun juge n’a encore sanctionné un usage abusif d’une règle fiscale réalisé par l’administration pour percevoir un impôt trop élevé à la suite d’une interprétation littérale de la loi fiscale.

La chose n’est guère différente pour les troubles anormaux de voisinage, qui présentent la même verticalité en ne concernant que les rapports entre voisins. De même pour le délai de grâce, qui ne concerne que les rapports entre les parties à un contrat, ne permettant au juge d’assouplir la

¹ Sériaux (Alain), « Réflexions sur les délais de grâce », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1997, p. 789.

² Code civil, article 1343-5, alinéa 1^{er}.

³ Deshayes (Olivier), Genicon (Thomas) et Laithier (Yves-Marie), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 844.

⁴ Benlisi (Stéphane), « Paiement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°196.

⁵ Code de la consommation, article L733-1.

⁶ Au-delà de cette vision simplifiée de l’abus de droit, la notion s’appuie sur un grand nombre de présupposés sous-jacents, et connaît de nombreuses déclinaisons méritant encore d’être explorées, comme en témoigne la livraison de la revue Les cahiers Portalis de juin 2023. Voir particulièrement Couard (Julien), « L’abus de droit : un concept polysémique ? », *Les cahiers Portalis*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2023, n°3, p. 21.

loi qu'en ce qu'elle impose à chacun de respecter ses engagements contractuels¹.

Ces mécanismes n'ont par conséquent aucun rapport avec la hiérarchie des normes et ne permettent pas de faire prévaloir les droits fondamentaux, pas plus qu'ils ne sont largement utilisables en dehors de leur domaine restreint d'efficacité. Ils ne constituent pas, à la différence du contrôle de proportionnalité, un outil à large spectre permettant d'appliquer les normes les plus fondamentales aux situations les plus concrètes. Au-delà du caractère pédagogique de la mise face-à-face de ces différents mécanismes, ils ne peuvent être comparés qu'en considérant le contrôle de proportionnalité comme un vague mécanisme d'équité qui permet au juge de s'affranchir du respect des lois, alors que c'est avant tout un puissant mécanisme de promotion de l'effectivité des droits.

Paragraphe II : Aptitude de la proportionnalité à promouvoir l'effectivité

167. **Individualisation sans individualisme** Aujourd'hui, le droit doit être considéré sous le prisme de l'effectivité. Concernant les droits et libertés fondamentaux, cela signifie que des textes philosophico-politiques proclamant de grands principes ne peuvent suffire, quelle que soit par ailleurs leur signification historique ou la qualité de leur prose. Il est largement reconnu que ces droits fondamentaux doivent infuser le droit pour bénéficier concrètement à chaque citoyen. Il faut donc trouver des outils permettant de traduire dans la pratique cette effectivité, ce que quelques mécanismes d'assouplissement particuliers ne peuvent accomplir seuls, et que les contrôles abstraits n'accomplissent pas suffisamment. Le contrôle de proportionnalité, qui désigne le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, semble en revanche particulièrement à même de remplir un tel objectif, permettant une individualisation des droits fondamentaux (**A**) sans nécessairement ouvrir la porte à un individualisme débridé (**B**).

A : Individualisation des droits fondamentaux

168. **Effectivité concrète** L'exigence d'effectivité des droits et libertés fondamentaux, au sommet de la hiérarchie des normes, implique que ceux-ci doivent pouvoir produire des effets juridiques. Le contrôle abstrait de la hiérarchie des normes, qu'il s'agisse du contrôle de constitutionnalité ou du contrôle de conventionnalité, permet cela, revenant à abroger ou à neutraliser des normes incompatibles avec les droits de l'Homme. Cependant, ces mécanismes de contrôle ne portent pas l'effectivité des droits fondamentaux jusqu'à la situation

¹ Code civil, article 1103.

particulière de chaque justiciable, jugeant abstraitement la norme dans une décision affectant l'ensemble des situations futures où le syllogisme désignera la norme considérée comme devant s'appliquer pour définir le régime. Ce nouveau stade de l'effectivité ne peut être atteint de manière générale qu'en réalisant une forme de contrôle concret de l'application de la règle de droit aux normes garantissant les droits fondamentaux.

C'est ce qu'affirme le Vice-président Sauvé en indiquant que l'exigence d'effectivité « implique notamment de vérifier *in concreto* la manière dont ces droits sont appliqués »¹. On peut dès lors affirmer que, seule la proportionnalité « donne un sens aux droits de l'homme et détermine leurs effets »², constituant une véritable « technique de réalisation des droits de l'homme »³. De la même manière, des auteurs relèvent en contentieux constitutionnel, que la « nécessaire effectivité des droits fondamentaux »⁴ compte parmi les « forces attractives » de la concrétisation de ce contentieux⁵.

Le contrôle de proportionnalité, en permettant aux justiciables de faire vérifier par le juge la compatibilité de l'application de la règle de droit avec les droits et libertés fondamentaux qui leurs sont garantis, renforce grandement leur effectivité. Cette effectivité prend ici la forme d'une individualisation des droits de l'Homme, qui, ayant déjà cessé de n'être que des grands principes philosophiques grâce au contrôle abstrait, ne se limitent désormais plus à être de grands principes juridiques, seulement à même d'influer sur les textes de loi de manière générale et abstraite. Autrement dit, « il ne s'agit plus d'adapter la règle grâce aux instruments qu'offre la règle elle-même : il s'agit de confier au juge une mission infiniment plus complexe, celle d'apprécier *in casu* le juste équilibre à réaliser entre l'impérativité d'une règle générale et obligatoire et les droits et intérêts particuliers des personnes auxquelles s'applique cette règle »⁶. Le contrôle de proportionnalité permet une descente des droits fondamentaux, afin que ceux-ci infusent les règles de droit pour vérifier leur respect constant lors de leur application aux situations factuelles. Ils bénéficient personnellement à chaque justiciable, atteignant un niveau inédit d'effectivité. Les droits et libertés fondamentaux sont dès lors « au cœur du

¹ Sauvé (Jean-Marc), « Entre rédemption et persévérance, vers un rééquilibrage des principes de subsidiarité et d'effectivité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 711.

² Legendre (Rebecca), « Le contrôle de proportionnalité dans les contentieux de droit international privé des personnes et de la famille », *Revue Justice Actualités* n°24, ENM, Décembre 2020, p. 20.

³ *Ibidem*.

⁴ Rousseau (Dominique), Gahdoun (Pierre-Yves) et Bonnet (Julien), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020 (12^e édition), n°476.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Fulchiron (Hugues), « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1376.

contrôle de proportionnalité »¹.

Cette présentation du contrôle de conventionnalité concret comme un mécanisme permettant à chacun d'obtenir l'application effective des droits fondamentaux à sa situation personnelle permet cependant de voir poindre une critique aisée : le contrôle de proportionnalité serait un moteur de l'individualisme.

B : Encadrement de l'individualisme

169. **Individualisme redouté** La critique du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes peut prendre deux formes.

La première, modérée, conteste l'exercice du contrôle de proportionnalité, ou en pointe les risques. Construite sur des raisonnements juridiques, elle indique que le déroulement et la pratique du contrôle peuvent conduire à donner une place disproportionnée aux désirs individuels, mettant en question le rôle de la régulation que le droit exerce sur la société. La réponse à cette critique se trouve dans l'étude de la pratique du contrôle de proportionnalité, l'analyse du détail de sa conception par les juridictions.

La seconde, plus radicale, conteste le contrôle concret dans sa substance. Elle revient à dire que, en permettant l'application des droits fondamentaux dans chaque situation factuelle, le contrôle de proportionnalité ne pourrait qu'être un outil au service de l'individualisme, mettant en péril les fondements de la société². Elle repose moins sur la technique juridique que sur la philosophie politique. Un travail de recherche juridique est par conséquent moins bien outillé pour la réfuter.

170. **Fâcheuse confusion entre désirs et droits** Il est seulement possible de s'interroger sur cette rhétorique décelant l'individualisme dès lors qu'un individu demande à voir ses droits respectés, et de se demander pour quelle raison les droits fondamentaux reconnus et placés au sommet de la hiérarchie des normes au terme d'un processus démocratique ne devraient jamais trouver leur concrétisation pour les justiciables. Si l'existence de conflits de droits fondamentaux ou si la possibilité d'une technique du contrôle concret donnant une trop grande place aux désirs sont parfaitement envisageables, il faut néanmoins alerter sur la confusion entre les désirs et les droits qu'implique dans cette matière un raisonnement trop

¹ Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1472.

² Ainsi de Monsieur Puig, pour qui le contrôle de proportionnalité « *accentue l'égoïsme inhérent aux droits subjectifs fondamentaux* » en érigeant « *l'intérêt individuel contre la règle générale* » (Puig (Pascal), « L'excès de proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 70). De même, pour Monsieur Gautier, qui craint l'avènement d'une situation de « *guérilla de tous contre tous* » faisant peser le risque d'« *effets pervers sur le civisme des citoyens* » (Gautier (Pierre-Yves), « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : “ l'anti-Daguesseau ” », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2016, n°7, p. 337.

généralisateur. L'individualisation n'est pas nécessairement l'individualisme.

La promotion d'un individualisme débridé n'est pas inhérente au contrôle de proportionnalité, qui peut déployer ses effets positifs sans nécessairement mener à cet effet redoutable. En effet, le contrôle de proportionnalité suppose que soit caractérisée une atteinte à un droit fondamental, sans quoi il ne serait que « *simple appréciation en équité* »¹. Les désirs des individus, s'ils sont peut-être à l'origine de leur action en justice, ne seront accueillis et réalisés par le juge qu'autant qu'ils correspondent à ses droits, dont l'énoncé n'appartient pas à l'individu lui-même. Ainsi, « *pour que le juge exerce son contrôle, il ne suffit pas que le demandeur invoque de façon plus ou moins incantatoire la violation de ses droits* »², mais il faut qu'il en apporte la preuve, ses désirs ne pouvant lui servir de seul guide dans la construction de son argumentation. Le contrôle de proportionnalité est dès lors porteur de la promesse d'un certain équilibre : parvenir à la « *régulation des rapports sociaux compte tenu des besoins de sociétés qui ne se contentent plus de vouloir construire le bien commun à travers la prise en compte de la plus grande part possible des intérêts individuels, mais aussi de garantir le bien commun à travers le respect maximal des droits de chaque individu, dans la mesure où ceux-ci ne mettent pas en péril l'intérêt général* »³. En effet, « *prendre en considération les droits et intérêts en présence ne signifie pas que les droits et intérêts individuels l'emportent systématiquement* »⁴, la neutralisation de la règle *in casu* n'étant qu'une des issues possibles du contrôle.

Sans paralyser l'application des règles fonctionnant de manière satisfaisante, le contrôle de proportionnalité porterait la promotion d'un véritable humanisme judiciaire en permettant « *de rendre plus humaine l'application des lois porteuses de belles valeurs républicaines lorsque leur degré d'abstraction les empêche de discerner le malheur et la détresse des gens les plus démunis, vulnérables, malchanceux ou innocents* »⁵ par la prise en compte des données concrètes de l'espèce. Il réaliserait « *l'adaptation de la règle générale voulue par les représentants du peuple souverain au particularisme des situations concrètement vécues par des êtres de chair et de sang* »⁶.

¹ Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 656.

² *Ibidem*.

³ Fulchiron (Hugues), « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1376.

⁴ Fulchiron (Hugues), « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2365.

⁵ Jestaz (Philippe), Marguénaud (Jean-Pierre) et Jamin (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061

⁶ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

171. Lutte sélective contre l'individualisme

Au-delà de cette belle promesse du

contrôle de proportionnalité, la critique de l'individualisme dont il serait porteur laisse encore dubitatif dans le cadre d'une interrogation sur la place de ce comportement dans la demande de justice des citoyens, en prenant un pas de côté par rapport au contrôle concret.

En effet, l'office du juge est de rendre des décisions spécifiques, correspondant autant que possible et exclusivement aux « *causes qui lui sont soumises* »¹, lui étant interdit de « *prononcer par voie de disposition générale et réglementaire* »². Son rôle est d'individualiser la loi, de l'appliquer au cas particulier, de « *descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* »³. Il est, comme l'aurait dit Ripert, législateur des cas particuliers. Pour cette raison, celui qui saisit le juge le fait en étant animé par l'individualisme, la recherche d'un bénéfice qui lui est propre. Le Code de procédure civile ne dit pas autre chose lorsqu'il réserve l'action à ceux qui « *ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* »⁴, l'interprétation du texte ayant tôt fait de préciser que cet intérêt doit être personnel, signifiant qu'une personne « *ne peut agir en justice que dans la mesure où la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres et où le résultat de l'action lui profitera personnellement* »⁵. L'individualisme se manifeste dans sa forme la plus pure dès lors qu'un demandeur saisit un juge, sans rencontrer la même critique.

Il est aisé d'objecter que cet individualisme est tempéré par la stricte application de la loi par le juge, permettant que l'intérêt général apprécié par le législateur demeure cardinal. Mais que dire alors du recours aux modes amiables de résolution des différends ? Dans le but de pacifier les relations entre les individus en résolvant le conflit au-delà du litige, il « *conduit ainsi à penser une justice "hors la loi" qui demeurerait justice même sans juge et sans droit* »⁶. Ici, ne resterait que l'individualisme des parties recherchant l'apaisement de leur relation sans se soucier de la loi, le juge n'apparaissant de çà et là que pour vérifier la conformité de tel ou tel accord à l'ordre public. Une telle critique des modes amiables se fait pourtant beaucoup moins entendre que concernant le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

Enfin, si en matière d'individualisme, c'est la loi qui offre un rempart contre la concrétisation

¹ Code civil, article 5.

² *Ibidem*.

³ Portalis (Jean-Etienne-Marie), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1801, reproduit dans Ewald (François) (dir.), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p.35.

⁴ Code de procédure civile, article 31.

⁵ Cadiet (Loïc) et Jeuland (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2020 (11^e édition), n°346.

⁶ Amrani-Mekki (Soraya), « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », in Chainais (Cécile) et Lagarde (Xavier), *Réformer la justice civile, séminaire de droit processuel*, Actes du colloque du 6 février 2018 reproduits dans *La semaine juridique, Edition générale*, LexisNexis, supplément au n°13, 2018, p.63.

sans limites des « *moindres désirs de n'importe quels abrutis* »¹, il n'est pas rare d'entendre que telle ou telle loi, cédant à une revendication d'un groupe de pression, ferait le lit de l'individualisme et de la promotion des désirs. Cela serait particulièrement le cas lorsque les droits fondamentaux seraient trop pris en considération par le législateur, entraînant une « *forme de radicalisme des règles (...) dans l'hystérie individualiste ambiante* »². Faut-il comprendre qu'il n'est pas de l'essence de la loi de protéger contre l'individualisme, mais qu'elle ne présente cette qualité que lorsqu'elle répond à une certaine vision politique ? L'argumentation s'éloignerait alors de la légistique.

Il semble, au rappel de ces éléments, que l'allégation d'individualisme exacerbé du contrôle de proportionnalité est dans une certaine mesure opportuniste, ou du moins qu'elle passe sous silence le fait que l'individualisme soit un moteur essentiel et accepté d'une société qui reconnaît à chacun le droit d'accès au juge et la liberté contractuelle.

172. Conclusion du chapitre La fonction la plus noble du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, en ce qu'elle bénéficie le plus directement aux justiciables, est d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux.

Depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, cette notion d'effectivité a connu un développement considérable dans la pensée juridique, tant et si bien qu'il n'apparaît aujourd'hui plus possible de penser le droit sans s'interroger sur les effets sur le réel des divers instruments élaborés, conduisant certains à poser que « *les droits n'existent que s'ils sont effectifs* »³. La question des droits fondamentaux, qui ont, en occident, connu de nombreuses proclamations depuis plus de deux siècles, ne fait pas exception. Bien au contraire, nonobstant les craintes que peut provoquer l'effectivité des droits fondamentaux sur la cohérence et l'efficacité de l'édifice normatif, la simple proclamation de ceux-ci, pétition de principe du législateur sans un contrôle véritable de l'effectivité, semble aujourd'hui datée.

Cette effectivité, en matière de droits et libertés fondamentaux, peut être poursuivie par une multitude d'outils. C'est d'abord le cas des différents mécanismes de contrôle abstraits permettant de vérifier la conformité d'une norme avec une autre norme de valeur supérieure. C'est ensuite le cas de certains mécanismes spécifiques, s'appliquant à la suite de prévisions du législateur ou de découvertes prétoriennes et ayant pour fonction, dans certains cas, d'adoucir

¹ Marguénaud (Jean-Pierre), « La fondamentalisation du droit privé », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 33.

² Loiseau (Grégoire), « La fondamentalisation du droit des personnes », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 37.

³ Baranès (William) et Frison-Roche (Marie-Anne), « Le souci de l'effectivité du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1996, p. 301.

la rigueur de l'application de la loi. Ces dispositifs, cependant, ne suffisent pas à assurer de manière large l'effectivité des droits de l'Homme, les premiers parce qu'ils sont trop abstraits, laissant passer trop d'injustices dans certains cas spécifiques, les seconds parce qu'ils ne s'appliquent que de manière très restreinte, souvent d'ailleurs en ne convoquant les droits et libertés fondamentaux que de manière médiate.

En définitive, ou du moins jusqu'à l'élaboration de nouveaux outils, il apparaît que la concrétisation du contrôle du respect de la hiérarchie des normes semble seule à même de garantir cette montée en effectivité, assurant à chacun la possibilité de faire vérifier que l'application de la loi à sa situation ne porte pas atteinte à ses droits inaliénables. En cela, cette concrétisation opère une individualisation des droits fondamentaux, déclinaison au niveau de chacun des sujets de droit de ces grands principes acceptés par notre civilisation.

Malheureusement, un certain cynisme, ici pratiqué dans une démarche de connaissance, peut conduire à faire douter que ces arguments suffisent à expliquer véritablement l'apparition du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes dans le système français. Celle-ci s'expliquerait plus facilement par l'idée que ledit système trouve un bénéfice plus direct dans l'appropriation de ce contrôle, qui viendrait renforcer ou préserver son pouvoir, asseoir sa solidité ou sa cohérence.

Chapitre II : La défense de l'ordre juridique

173. **Le contrôle au service des choix du législateur** L'appropriation du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes par le juge français est un phénomène récent, marqué par quelques arrêts retentissants. En dépit de quelques signes précurseurs, il ne s'agit pas d'un lent glissement, d'une infiltration progressive de cette nouvelle technique se faisant insensiblement au fil du temps, mais d'une « *révolution copernicienne* »¹ ayant conduit en un temps très restreint à l'adoption de ce nouvel outil. Il est naturel de s'interroger sur les raisons ayant conduit à ce phénomène.

Ce nouveau contrôle concret s'établissant dans un dialogue manifeste avec la Cour européenne des droits de l'Homme, et ayant à ce jour principalement pour objet de vérifier la conformité concrète de l'application des règles de droit national aux droits garantis par la Convention européenne, la question du rôle que joue cet ensemble normatif et juridictionnel dans l'adoption du contrôle se pose avec une acuité particulière. Le juge strasbourgeois aurait pu forcer les juridictions françaises à réaliser l'appréciation concrète, faisant peser sur elles la menace de condamnations à répétition sapant l'autorité de la loi et des juridictions françaises. Une telle narration sera d'ailleurs au service tant des opposants au contrôle que des magistrats. Les premiers utiliseront cette influence externe pour flatter un patriotisme normatif qui anime encore certains juristes français, convaincus que le génie de l'esprit codificateur napoléonien serait profané par l'impérialisme allégué du droit supranational. Les seconds, en pratiquant le contrôle, tenteront d'éluder ses implications quant à leur office en soutenant qu'ils n'ont pas le choix.

Il semble toutefois possible de lire le récit de cette appropriation sous un angle différent, sans négliger le rôle de l'Europe des droits de l'Homme, mais sans effacer la liberté d'appréciation qu'elle garantit aux juges nationaux.

Le contrôle dit de proportionnalité peut constituer un mécanisme à même de donner du sens à la construction normative nationale, promouvant la cohérence du système et ce faisant sa solidité. Il constitue tant un outil de défense de l'ordre juridique contre l'influence périphérique de l'Europe des droits de l'Homme (**Section I**) qu'un élément permettant à cet ordre juridique de gagner en cohérence (**Section II**).

¹ de Castries (Henri) et Molfessis (Nicolas), (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, 2015, p.146.

Section I : Défense contre l'influence périphérique

174. **Promotion des solutions du législateur** Si le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est un outil primordial de la promotion de l'effectivité des droits et libertés fondamentaux, son adoption dans l'ordre juridique national ne s'est pas faite sans influences extérieures. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme pose question quant à son importance. L'enjeu est de savoir dans quelle mesure le juge français a été forcé d'adopter cette technique qui lui était étrangère, le spectre des réponses possibles allant d'une libre inspiration de la Cour de Strasbourg à une adoption contrainte. Comme souvent, la vérité se situe sans doute dans la nuance et dans la complexité plus que dans l'affirmation tranchée. Il est pertinent d'analyser le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans la promotion de l'effectivité des droits garantis par la convention et du contrôle de proportionnalité, qui fait courir le risque d'une expatriation du contrôle du respect des droits fondamentaux (**Paragraphe I**) faisant de l'appropriation du contrôle concret par le juge national une solution manifeste (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le risque d'une expatriation du contrôle du respect des droits fondamentaux

175. **Nécessaire effectivité des droits garantis au sein du Conseil de l'Europe** La Cour européenne des droits de l'Homme, juridiction récente et internationale, n'a pas été créée dans le but d'assurer la cohérence des solutions entre les différents ordres juridiques qui y adhèrent, mais dans celui d'assurer le respect de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'idée était, et demeure, de permettre aux justiciables des pays signataires de saisir un juge qui ne soit pas partie intégrante du système juridique d'un état partie, s'assurant *in fine* de la justiciabilité des droits garantis pour tous les citoyens. Elle a réellement pris corps pour les justiciables français lorsque le droit de recours individuel leur a été ouvert en 1981. La Cour de Strasbourg a de ce fait joué un rôle de premier plan dans le développement concret des droits de l'Homme en Europe, entraînant derrière elle les juges étatiques, et permettant la prise en compte des droits garantis par la Convention dans les législations nationales.

Pour ce faire, la Cour européenne des droits de l'Homme réalise dans sa jurisprudence une promotion active de l'effectivité des droits (**A**), étant beaucoup moins regardante quant à la méthode employée par les juges nationaux pourvu que ce résultat soit atteint (**B**).

A : L'importance de l'effectivité des droits garantis par la Convention européenne

176. **La proportionnalité, outil de l'effectivité de la Convention** Depuis sa création, la Cour européenne des droits de l'Homme a construit un système jurisprudentiel complexe. Le tuteur de cette croissance, lui indiquant quelle direction suivre, a été l'effectivité des droits garantis par le texte de la Convention, constituant sa « *marque distinctive et novatrice* »¹.

Dans cette poursuite de l'effectivité, la Cour européenne a développé une multitude d'outils novateurs (1), le contrôle de proportionnalité occupant toutefois un rôle de premier choix en leur sein (2).

1 : Multiplicité d'outils de promotion de l'effectivité devant la Cour européenne

177. **L'effectivité comme fil directeur** La Cour européenne des droits de l'Homme a très tôt intégré l'exigence d'effectivité des droits garantis par la Convention dans sa jurisprudence. Dans une formule restée célèbre et maintes fois répétée, qui aurait marqué « *de son empreinte toute la jurisprudence européenne* »², elle pose que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »³. La Cour a ici utilisé cette notion pour sanctionner la République d'Irlande, qui ne permettait pas à la requérante voulant obtenir un jugement de séparation de corps de bénéficier de l'aide juridictionnelle, alors même que la représentation par un avocat n'était pas obligatoire, la procédure étant trop complexe pour être conduite par la seule justiciable sans assistance. À la suite de cet arrêt, l'exigence d'effectivité des droits garantis par la Convention devait être déclinée par la Cour dans tous les domaines couverts par le traité⁴, faisant de sa jurisprudence « *un véritable combat pour que les droits garantis par la Convention EDH soient concrets et effectifs et non plus théoriques et illusoire* »⁵, compensant « *la faiblesse des droits sociaux textuellement consacrés (...) par l'activisme jurisprudentiel* »⁶.

La jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'Homme ne peut donc pas être comprise sans garder à l'esprit sa volonté de promouvoir l'effectivité des droits garantis

¹ Sudre (Frédéric), « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2018, p. 1798.

² *Ibidem*.

³ Cour européenne des droits de l'Homme, 9 octobre 1979, n°6289/73, affaire Airey c/Irlande, paragraphe n°24.

⁴ Sudre (Frédéric) *et al.*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2022 (16^e édition), n°s 155, 160, 379, 416, 420, 422, 424, 436, 440, 505 et 506 notamment.

⁵ Jestaz (Philippe), Margénaud (Jean-Pierre) et Jamin (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061.

⁶ Szymczak (David), « Convention européenne des droits de l'homme : aperçu général », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, n°54.

par la Convention, faisant du « *droit européen des droits de l'Homme (...) une machine travaillant inlassablement à rendre flexible la loi d'airain républicaine* »¹ au profit de l'effectivité des droits garantis.

Cette exigence d'effectivité, « *au fondement même de la démarche du juge européen* »², a d'ailleurs récemment été présentée par la Cour européenne des droits de l'Homme comme un « *principe général d'interprétation de l'ensemble des dispositions de la Convention et de ses Protocoles* »³, manifestant son importance et son caractère ubiquitaire dans la pratique du droit européen des droits de l'Homme. Le principe de l'effectivité trouve en effet de très nombreuses et variées applications concrètes, dont il est utile de présenter brièvement quelques exemples afin de comprendre dans quel système s'insère le contrôle de proportionnalité.

178. Usage de l'interprétation Érigée en principe général d'interprétation de la Convention, l'effectivité des droits garantis est prise en compte par les juges de la Cour européenne dans la lecture du texte qu'ils appliquent. Cela les a conduits à développer la notion d'effet utile⁴. En vertu de cet effet utile, sauf lorsqu'il n'est pas possible de dégager un sens porteur de conséquences d'un énoncé normatif, il doit être considéré par l'interprète que l'auteur de l'énoncé a entendu lui conférer un pouvoir sur le réel. Cette interprétation selon l'effet utile repose sur la présomption que l'auteur de la norme l'a rédigée dans le but de lui donner un sens⁵, et non de produire une coquille vide. Elle constitue aujourd'hui un « *principe essentiel qui doit guider l'interprète de la Convention* »⁶, et qui conduit le juge européen des droits de l'Homme à éviter de retenir une interprétation minimaliste qui se garderait d'accorder du sens au texte de la Convention. Cet objectif est également poursuivi par l'interprétation dite finaliste, qui vise à « *rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux*

¹ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

² Sudre (Frédéric), « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2013, n°42, p. 1912 et s.

³ Cour européenne des droits de l'Homme, 9 juillet 2021, n°6697/18, affaire M.A c/Danemark, Note Marguénaud (Jean-Pierre), « La réduction du délai d'attente du regroupement familial au nom du principe de l'effectivité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2021, p. 848.

⁴ Sur les implications de ce principe en philosophie du droit et sa réception en France, voir Goltzberg (Stefan), « Principe de l'effet utile et sophisme de l'homme de paille : droit talmudique et droit français », *Droits*, PUF, 2019, n°70, p. 237 et s.

⁵ Hennebel (Ludovic) et Tigroudja (Hélène), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Pedone, 2018 (2^e édition), n°543.

⁶ Renucci (Jean-François), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2012 (2^e édition), n°872.

engagements des Parties »¹.

Ces techniques de l'interprétation selon l'effet utile ou de l'interprétation finaliste, cependant, se limitent à ce qui est écrit dans le texte de la Convention pour en faire l'usage le plus étendu possible dans le but de promouvoir des droits fondamentaux effectifs.

Il est également possible d'utiliser les silences de la Convention dans cette entreprise de mise en effectivité de ses dispositions. L'objectif d'effectivité permet en effet de découvrir des dispositions qui, sans être inscrites dans la convention, sont nécessairement contenues dans son esprit. La Cour de Strasbourg reconnaît aux requérants les droits textuellement absents de la Convention mais nécessairement impliqués par ses dispositions. La technique des droits implicites permet de déduire des droits conventionnellement garantis ceux qui « *en constituaient le corollaire (ou le préalable) nécessaire* »². L'exemple le plus connu est la construction réalisée autour de l'article 6 de la Convention, qui garantit le droit à un procès équitable, et détaille avec une certaine précision les éléments concrets nécessaires à ce qu'une instance puisse être ainsi qualifiée. Cet article est cependant muet sur ce qui précède et ce qui suit le procès. Une interprétation se limitant au texte se satisferait d'un accès au juge restreint par la complexité ou le coût des procédures, et d'une exécution des décisions de justice impossible à obtenir. La Cour, cependant, a considéré que le droit à un procès équitable n'aurait guère de sens si les justiciables ne pouvaient attirer devant le juge celui avec qui elles ont un différend, ou ne pouvaient obtenir que le jugement trouve une concrétisation réelle, avec le soutien de la force publique si nécessaire. Ainsi, elle a construit autour du droit à un procès équitable un droit d'accès au juge³ et un droit à l'exécution des décisions de justice⁴, créant un ensemble parfois qualifié de triptyque du procès équitable.

La Cour européenne des droits de l'Homme a développé des techniques d'interprétation entièrement tournées vers l'effectivité des droits fondamentaux, politique jurisprudentielle qualifiée par Monsieur Sudre de « *dynamisme interprétatif* »⁵, qui fait que, d'après le même

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 27 juin 1968, n°2122/64, affaire Wemhoff c/ Allemagne. La controverse portait ici sur la question de savoir si, entre les deux versions faisant foi de la Convention, devait être retenu le sens de sa version en langue française ou anglaise

² Szymczak (David), « Convention européenne des droits de l'homme : aperçu général », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, n°69.

³ Cour européenne des droits de l'Homme, 21 février 1975, n°4451/70, affaire Golder c/ Royaume-Uni. Plus récemment, voir Cour européenne des droits de l'Homme, 14 décembre 2006, n°2898/03, affaire N.T Giannousis et Kliafas Brothers c/ Grèce.

⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, 19 mars 1997, n°18357/91 affaire Hornsby c/Grèce. Plus récemment, voir Cour européenne des droits de l'Homme, 7 janvier 2014, n°2699/03, affaire Fondation Foyers des élèves de l'Église réformée et Stanomirescu c/ Roumanie.

⁵ Sudre (Frédéric), « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *La semaine juridique édition générale*, 2001, p. 335.

auteur, « *la Convention est avant tout une œuvre prétorienne* »¹. Ce caractère dynamique des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme les distingue de ceux contenus dans la Déclaration de 1789, « *lesquels revêtent aux yeux de ses rédacteurs un caractère imprescriptible, sacré, immuable et universel* »². Les techniques d'interprétation ne constituent cependant pas son seul outil de promotion de l'effectivité des droits garantis par la Convention.

179. **Notions autonomes** La technique des notions autonomes vise également à promouvoir l'effectivité des droits garantis dans la Convention européenne des droits de l'Homme³. Elle vise à combattre la fraude à la convention que pourraient réaliser les États-parties en qualifiant certains dispositifs de droit interne en considération des effets attachés à cette qualification par le droit du Conseil de l'Europe. La notion autonome permet, par la neutralisation des critères de qualification établis en droit interne, d'appliquer le régime de protection des droits fondamentaux prévus par la Convention dès lors que les éléments du litige présentent les caractéristiques exigées par la notion autonome. La Cour a par exemple élaboré une notion autonome de matière civile déterminant seule l'applicabilité des garanties du procès équitable énoncées par l'article 6 de la Convention, au mépris des qualifications retenues en droit interne. Cela a par exemple permis de qualifier de contestation en matière civile la contestation d'une demandeuse d'emploi de sa radiation d'un mécanisme d'assurance sociale, appliquant à cette demande les garanties du droit à un procès équitable, ce que le droit interne refusait pourtant⁴. La Cour a en effet pu énoncer que la notion de droits et d'obligations de caractère civil couvrait « *toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé* »⁵. De la même manière, la notion autonome d'accusation en matière pénale a également été développée, permettant d'étendre le champ des garanties du procès pénal à des procédures qui en seraient autrement privées, telles des procédures disciplinaires⁶. Cela a par exemple permis de rattacher à la matière pénale les majorations

¹ Sudre (Frédéric), « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2018, p. 1798.

² Lequette (Yves), « Des juges littéralement irresponsables... », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 309 et s.

³ Renucci (Jean-François), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2012 (2^e édition), n°873.

⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, 25 mai 1986, n°8562/79, affaire *Feldbrugge c/Pays-Bas*.

⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, 28 juin 1978, n°6232/73, affaire *König c/République Fédérale d'Allemagne*.

⁶ La Cour explique l'utilité de ce mécanisme en relevant que « *Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7) se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des*

d'impôt¹, que le législateur distingue pourtant des amendes.

La technique des notions autonomes constitue un important levier de l'effectivité des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme. En dotant les notions utilisées par ce texte d'un véritable « *sens européen* »², elle permet aux justiciables des états membres du Conseil de l'Europe d'obtenir le bénéfice des droits garantis sans préjudice des qualifications internes qui pourraient autrement être utilisées pour réduire la portée de la Convention. La Cour de Strasbourg, cependant, va plus loin dans son exigence d'effectivité, ne se contentant pas d'exiger des états-parties qu'ils ne travestissent pas les notions du texte.

180. Obligations positives Les droits et libertés fondamentaux ayant démontré leur insuffisance lorsqu'ils ne font qu'imposer aux États des abstentions ou non-ingérences dans la vie des individus, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est dotée d'outils lui permettant d'imposer aux signataires des obligations positives. L'idée suppose de « *dépasser le clivage artificiel entre les "droits de", qui supposent une abstention de l'État, et les "droits à", qui réclament une prestation de l'État* »³ en permettant à la Cour de forcer les états « *à adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* »⁴ garantis. Ce procédé est directement guidé par le souci de l'effectivité des droits énoncés par la Convention⁵, dérivant de la réalisation que la simple abstention des États ne permet pas toujours de concrétiser les droits garantis.

En matière de droit au procès équitable, la Commission de Strasbourg a pu utiliser la technique des obligations positives pour imputer à un État la responsabilité du délai déraisonnable d'un procès tenant au fait que les mesures nécessaires n'avaient pas été prises pour limiter l'essor du contentieux et permettre un traitement des affaires dans un délai acceptable⁶. De même, en matière familiale, la Cour a pu juger que « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par*

résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s'assurer, sur le terrain de l'article 6 (art. 6) et en dehors même des articles 17 et 18 (art. 17, art. 18), que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal » (Cour européenne des droits de l'Homme, 8 juin 1976, n°5100/71, affaire Engel et autres c/ Pays-Bas).

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 24 février 1994, n°12547/86, affaire Bendenoun c/ France.

² Sudre (Frédéric) et Surrel (Hélène), « Droits de l'homme », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°87.

³ *Ibidem*, n°81.

⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, 9 décembre 1994, n°16798/90, affaire Lopez Ostra c/Espagne, paragraphe n°51

⁵ Renucci (Jean-François), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2012 (2^e édition), n°874.

⁶ Commission européenne des droits de l'Homme, 10 mars 1983, n°8990/80, affaire Manuel Guincho c/Portugal.

la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille»¹, impliquant pour les États parties l'obligation de mettre en place des mécanismes juridiques permettant de donner une certaine consistance légale au lien de parenté.

L'exigence d'effectivité permet de considérablement étendre la portée de la Convention européenne des droits de l'Homme, en utilisant cette proclamation de droits pour découvrir des droits nouveaux et en imposer le respect aux États, y compris par le biais d'obligations d'agir, paralysant leurs tentatives de fraude. En ce sens, l'exigence d'effectivité se voit revêtue d'un «*potentiel normatif puissant puisque les organes l'utilisent pour justifier l'accroissement considérable des obligations*»². Il manque cependant, aux côtés de ces outils techniques ayant trait à l'interprétation et à l'usage du texte de la Convention, un outil de jugement permettant de s'assurer de cette effectivité. Le contrôle de proportionnalité semble occuper cet important rôle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

2 : Prééminence du contrôle de proportionnalité

181. **Concrétisation de l'effectivité** Quelle que soit l'utilité des outils utilisés par la Cour européenne des droits de l'Homme pour déduire du texte de la Convention les règles les plus effectives possibles, une concrétisation procédurale de cette quête d'effectivité manquerait si les requérants ne pouvaient en demander le bénéfice dans leur litige. En effet, les outils précités conservent un certain caractère de généralité, permettant d'étendre le texte de la Convention pour couvrir avec son étendue maximale les situations factuelles, mais ils n'ont pas pour objet d'appliquer les droits ainsi dégagés à des situations précises et uniques. Il semble que le contrôle de proportionnalité soit l'outil très tôt choisi par la Cour de Strasbourg pour permettre ce dialogue entre les droits garantis et les situations factuelles des requérants, permettant à cette juridiction de faire pleinement «*entrer les droits de l'homme dans le domaine du droit positif*»³.

Le texte de la convention, pourtant, ne mentionne nullement le terme de proportionnalité ni ne demande directement un contrôle *in concreto*⁴, bien qu'il soit pour certains une de ses

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 27 octobre 1994, n°18535/91, affaire Kroon et autres c/Pays-Bas, paragraphe n°32. Note Hauser (Jean), « La Cour européenne des droits de l'homme approuve indirectement l'interprétation a contrario de l'article 322 alinéa 2 du code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1995, p. 340.

² Hennebel (Ludovic) et Tigroudja (Hélène), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Pedone, 2018 (2^e édition), n°559.

³ Sudre (Frédéric), « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2018, p. 1798.

⁴ Eissen (Marc-André), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in Pettiti (Louis-Edmond) *et al.*, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, p. 65.

composantes philosophiques essentielles¹. C'est cependant dès 1976 que la juridiction strasbourgeoise affirme que « toute “formalité”, “condition”, “restriction” ou “sanction” imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi »², faisant référence à l'atteinte portée à la liberté d'expression par l'interdiction de la publication d'un livre pour enfants contenant des passages obscènes. Par la suite, la Cour distille la technique de son contrôle de proportionnalité pour en extraire une forme standardisée, consistant en la vérification que l'ingérence dans l'exercice d'une liberté est prévue par la loi, poursuit un but légitime, et est proportionnée au but poursuivi, en plus de ne pas atteindre la substance du droit³. De manière plus importante en ce qui concerne l'effectivité, la Cour précise que ce contrôle ne peut être réalisé *in abstracto*, mais « à la lumière des circonstances de l'espèce »⁴. La Cour précise d'ailleurs par la suite qu'il est de son essence de réaliser un contrôle concret, posant que « sa tâche ne consiste donc point à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique pertinentes, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreint la Convention »⁵. Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'Homme a dès lors pour objet la vérification de la conformité avec les droits garantis de chaque situation où une loi nationale est appliquée, et non directement avec ces lois nationales. C'est lui qui fait le lien entre l'effectivité comme posture de lecture du texte de la convention et l'exigence d'effectivité des droits garantis pour les citoyens des États membres du Conseil de l'Europe.

Sans qu'il soit pertinent de détailler ici ces évolutions, le contrôle de proportionnalité, sous-tendant le principe de proportionnalité, a pris une importance tout à fait centrale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, en faisant sa « règle d'or »⁶. Monsieur Eissen considérait déjà il y a plus de deux décennies que la proportionnalité avait

¹ « Une des composantes essentielles de la philosophie qui est à la base de la Convention européenne des droits de l'homme se réclame de l'exigence, sans cesse renouvelée au cours de l'histoire, de tracer les limites entre les libertés individuelles et le pouvoir étatique. Cette opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif est au cœur même du développement de l'humanisme, qui veut que l'homme soit à la mesure de toutes les choses et que les choses, à savoir les intérêts que la collectivité poursuit et les buts qu'elle assigne, soient elles-mêmes à la mesure de l'homme » (de Silva (Michele), « La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, septembre 1978, Franco Angeli, Milan, p. 463).

² Cour européenne des droits de l'Homme, 7 décembre 1976, n° 5493/72, affaire Handyside c/ Royaume-Uni, paragraphe n° 58.

³ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'Homme, affaire Waite et Kennedy c/Allemagne, 18 février 1999, n° 26083/94 Note Reinisch (August), *American journal of international law*, Cambridge University Press, 1999, n° 93-4, p. 933.

⁴ Décision précitée, paragraphe n° 64.

⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, affaire Henry Kismoun c/France, 5 décembre 2013, n°32265/10, paragraphe n°28, Note Burgorgue-Larsen (Laurence), *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2014, p. 147.

⁶ Hennebel (Ludovic), « Le contrôle de proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in Agresti (Jean-Philippe) dir., *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 52 et s.

accédé au rang de principe général du système de la Convention, remarquant qu'elle a « *au fil des ans, (...) poussé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme des racines solides et durables, probablement vouées à y pénétrer encore plus en profondeur et à s'y ramifier sans cesse davantage* »¹. Le juge Potocki relève aujourd'hui que « *le test de proportionnalité et la balance des droits sont deux instruments essentiels de l'application des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme* »².

Cette grande importance donnée par la Cour européenne des droits de l'Homme au contrôle de proportionnalité n'a pas pu rester sans conséquences sur les ordres juridiques internes. Monsieur Dubout remarque ainsi que « *sans nul doute, la jurisprudence de la Cour européenne des droits a compté parmi les principaux vecteurs de la diffusion de la culture de la proportionnalité en Europe et même au-delà* »³. Il est important de tenter de discerner avec plus de précision quel a été ce rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'adoption par le juge judiciaire français du contrôle de proportionnalité.

B : L'indifférence de la méthode du juge national

182. **Liberté méthodologique** Le contrôle de proportionnalité constitue un outil fondamental dans la promotion de l'effectivité des droits garantis par la Convention par la Cour européenne des droits de l'Homme. L'importance de cette technique à Strasbourg entraîne des répercussions devant le juge national. En France, celui-ci reconnaît désormais que « *les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »⁴, faisant de la réception du texte interprété par son juge un impératif encore renforcé. Dès lors, il apparaît que le juge français ne peut « *ignorer cette exigence d'effectivité des droits, qui est au cœur de la "logique des droits de l'homme" que promeut la Cour européenne* »⁵. Cependant, dire cela renseigne peu sur la consistance du lien qui existe entre la

¹ Eissen (Marc-André), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in Pettiti (Louis-Edmond) et al., *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, p. 65.

² Potocki (André), « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in États généraux de la justice civile — Réflexions à partir du rapport Sauvé — Colloque du 15 septembre 2022, *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2022, supplément au n° 41, p. 17.

³ Dubout (Édouard), « Le côté obscur de la proportionnalité », *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 183.

⁴ Cour de cassation, Assemblée plénière, 15 avril 2011, n°10-17.049. Note Marguénaud (Jean-Pierre), « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2011, p. 725.

⁵ Sudre (Frédéric), « La Convention EDH a 65 ans », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis 2018 n°41, p. 1036.

jurisprudence interprétant la Convention et ce que doit être sa réception par le juge national, de même que la formule ciselée attribuée à Lord Bingham, qui juge que « *the duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time : no more, but certainly no less* »¹.

Il apparaît après analyse que la Cour européenne des droits de l'Homme, si elle met sur le devant de la scène des techniques parfois novatrices, n'oblige pas les États parties à les reproduire (1). La Cour, en effet, s'intéresse plus à l'effectivité des droits garantis qu'à la technique permettant d'y parvenir, ce qui la conduit corrélativement à refuser que les États se retranchent derrière des arguments méthodologiques pour refuser d'appliquer effectivement les dispositions de la Convention (2).

1 : L'absence d'adoption obligatoire de la méthodologie

183. Provenance floue de l'obligation Face à l'omniprésence du contrôle concret dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le juge français peut avoir été forcé par cette juridiction à adopter la même méthode, qui ferait partie intégrante de la Convention appliquée et interprétée. L'obligation ici évoquée se matérialiserait par la menace de condamnations à répétition de la France en cas de refus d'obtempérer à ce renouvellement méthodologique, lesquelles entraîneraient un coût élevé pour les finances publiques du fait de la satisfaction équitable, et saperaient l'autorité des juridictions françaises qui verraient constamment leurs décisions remises en cause, portant *in fine* atteinte à l'autorité de la loi nationale. De manière quelque peu surprenante, les auteurs appuyant le plus cette thèse semblent pourtant manifester un certain intérêt pour le contrôle de proportionnalité, alors que ses critiques ne la reprennent que *mezza voce*².

¹ Chambre des Lords du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 17 juin 2004, affaire *Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah*, paragraphe n°20. « Le rôle des juridictions nationales est d'évoluer au même rythme que la jurisprudence de Strasbourg, ni plus ni moins ».

²Pour Monsieur Gautier et Madame Pezard, le Premier Président Louvel aurait été « *fortement influencé* » par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui est loin de suggérer que les juridictions françaises auraient été forcées d'adopter le contrôle concret, mais au contraire qu'elles l'auraient fait volontairement (Gautier (Pierre-Yves) et Pezard (Alice), « Nouvelle méthode de raisonnement du juge ? L'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2015 sur le "juste équilibre" des droits », *Légicom*, Victoires éditions, 2016, n°57, p. 5). Monsieur Gauthier indique également que l'on « *sait désormais de façon certaine qu'un puissant mouvement en provenance des juridictions européennes tend à remodeler les méthodes de raisonnement syllogistiques qu'utilise la Cour de cassation pratiquement depuis sa création* », ne se prononçant pas clairement sur la nature du lien de causalité entre la jurisprudence strasbourgeoise et luxembourgeoise et ces évolutions méthodologiques (Gauthier (Pierre-Yves), « La « balance des intérêts » au secours de l'entrepreneur : pas de démolition de l'ouvrage mal construit, en application d'un contrat nul », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 140). De même pour Messieurs Ghestin, Barbier et Bergé, qui indiquent que « *le souhait de la Cour de cassation est de réagir face à l'emprise croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit français* » (Ghestin (Jacques), Barbier (Hugo) et Bergé (Jean-Sylvestre), *Traité de droit civil*,

C'est d'abord le cas du Premier Président Louvel, pour qui il faut rechercher « *les possibilités, dans la voie tracée par [la Cour européenne], d'une meilleure conciliation entre le respect des droits fondamentaux affirmés par la Convention et la souveraineté juridictionnelle à laquelle restent attachés nos concitoyens* », ce qui passe la création au sein de la Cour de cassation du groupe de réflexion sur le contrôle de proportionnalité¹. Plus clairement encore, pour le Président Vigneau, alors Conseiller à la première Chambre civile de la Cour de cassation, « *la question de savoir si juge français doit ou non procéder au contrôle de proportionnalité ne se pose pas véritablement : il le doit tout simplement car la Cour européenne des droits de l'homme le fait et l'y invite, sous peine de condamnation de la France* »². Le Président de la même chambre explique d'ailleurs que « *c'est sous la pression directe de la jurisprudence européenne que la Cour de cassation est contrainte de modifier sa propre jurisprudence et donc, dans certains cas, d'écarter l'application d'une loi* »³. De même, Monsieur Jamin indique que la Cour de cassation doit modifier « *ses habitudes si elle veut recouvrer sa souveraineté juridictionnelle* »⁴, dans un propos portant tant sur la motivation des arrêts que sur le contrôle de proportionnalité. En droit administratif, les Conseillers Dutheillet de Lamothe et Odinet retiennent que les exigences de la Convention européenne « *sont directement à l'origine de la généralisation de ce nouveau contrôle de conventionnalité* »⁵.

184. L'hypothèse Pascaud

Au-delà de ces propos généraux sur les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne et les juridictions de l'ordre interne, l'arrêt Pascaud⁶ de la Cour de Strasbourg est souvent cité comme posant plus clairement cette obligation pour le juge français de pratiquer le contrôle de proportionnalité s'il veut éviter des condamnations à répétition. L'idée, exprimée par le Premier président Louvel, est que « *si la Cour de Strasbourg constate que les contrôles n'ont pas été effectués au niveau de la Cour de*

Tome I, *Introduction générale : Droit objectifs et droits subjectifs, Sources du droit*, 2018 (5^e édition), LGDJ, n° 681).

¹ Louvel (Bertrand), Discours prononcé à la Cour européenne des droits de l'Homme à l'occasion du lancement du réseau européen d'échange d'informations, 5 octobre 2015, disponible sur le site internet de la Cour européenne.

² Vigneau (Vincent), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 123.

³ Chauvin (Pascal), « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°43, p. 10.

⁴ Jamin (Christophe), « Cour de cassation : une question de motivation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°29, p. 878.

⁵ Dutheillet de Lamothe (Louis) et Odinet (Guillaume), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 1398

⁶ Cour européenne des droits de l'Homme, 16 juin 2011, n°19535/08, affaire Pascaud c/France, Note Gaudemet-Tallon (Hélène) et Jault-Seseke (Fabienne), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2012, p. 1228 ; Granet-Lambrechts (Frédérique), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2012, p. 1432 ; Hauser (Jean), « Le droit à l'expertise biologique et la Convention EDH : la vérité biologique à tout moment ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2011, p. 526 ; Milano (Laure), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2011, n° 27, p. 797.

cassation, elle les fait à notre place »¹. Monsieur Marguénaud explique ainsi que l'on « peut donc déduire de l'arrêt Pascaud une obligation positive de mettre en œuvre le principe de proportionnalité privatisée lorsque la diffusion de l'effet horizontal de la CEDH conduit à faire émerger des conflits de droits de l'homme »², se faisant rejoindre par Messieurs Jestaz et Jamin pour affirmer que « on ne peut en aucun cas lui reprocher [à la Cour de cassation] d'avoir utilisé cette balance-là dès lors que l'arrêt Pascaud l'y obligeait absolument ! »³. La Cour de cassation, si elle ne réalisait pas le contrôle elle-même serait en quelque sorte supplantée par la Cour européenne.

Cependant, pour Monsieur Bonnet et Madame Roblot-Troizier, l'invocation du risque de condamnations lourdes et répétées de la Cour de Strasbourg ayant contraint les juges français à adopter le contrôle de proportionnalité ne serait qu'un « prétexte »⁴. Dans le même sens, Madame Fourment relève que, dans le domaine ayant donné lieu à l'adoption du contrôle concret par la Cour de cassation, il n'existe pas de jurisprudence de la Cour strasbourgeoise l'y obligeant⁵, quoique, en matière de filiation, les contrôles pratiqués par le juge français « résultent d'une décision de condamnation de la Cour EDH »⁶, qui n'est autre que l'arrêt Pascaud⁷.

Pour se forger une opinion sur cette thèse, il est indispensable de revenir sur ledit arrêt Pascaud.

185. L'affaire Pascaud L'affaire se déroule dans les vignobles du Bordelais où une mère accouche d'un fils. Ce n'est qu'après la naissance qu'elle rencontre l'homme qui

¹ Louvel (Bertrand), « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n° 43, p. 1122.

² Marguénaud (Jean-Pierre), « La mise en œuvre du principe de “proportionnalité privatisée” par la première chambre civile de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2015, p. 825.

³ Jestaz (Philippe), Marguénaud (Jean-Pierre) et Jamin (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2061.

⁴ Bonnet (Julien) et Roblot-Troizier (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821.

⁵ Plus précisément, l'auteur relève que « l'extension du champ d'application du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation ne repose pas sur l'application de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En effet, l'arrêt « fondateur » de l'extension du champ d'application contrôle de proportionnalité est rendu en dehors de toute prescription de la Cour européenne des droits de l'homme ». Plus loin, il est encore écrit que « la Cour de cassation et le Conseil d'État ont procédé à une extension autonome du champ d'application du contrôle de proportionnalité. Les deux juridictions ont étendu ce dernier en dehors de toute prescription la jurisprudence de la Cour de Strasbourg » Fourment (Victoria), *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022, n°138 et 140.

⁶ *Op. cit.* n°155.

⁷ *Op. cit.* n°164. « L'adoption du double étage du contrôle de conventionnalité en matière d'actions relatives à la filiation résulte de la nécessité pour la Cour de cassation de se conformer à l'obligation positive sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'issue de l'arrêt Pascaud ». Plus loin, il est cependant affirmé que « la première chambre civile de la Cour de cassation n'apparaît pas obligée de procéder au dédoublement du contrôle de conventionnalité – abstrait puis concret – pour satisfaire aux exigences de la jurisprudence européenne » (n°193).

reconnaîtra cet enfant, qu'un mariage vient légitimer peu après. L'homme ne se comporte cependant jamais en père, et l'enfant est informé de l'identité de son géniteur, qui est de notoriété publique dans le village, dès que son discernement le permet. L'enfant entretient des relations discrètes avec son géniteur, qui lui promet de « *régulariser la situation au décès de sa mère* »¹, lui permettant d'hériter de son vignoble à Saint-Émilion. Avant le décès de la mère, le géniteur est toutefois handicapé par un accident cérébral, et décide d'instituer la commune légataire universelle de ses biens. Il lui donne peu après la nue-propriété du Château Badette, son exploitation. L'enfant tente d'obtenir l'annulation de la reconnaissance de paternité ayant établi sa filiation et de voir judiciairement constaté son lien avec le donateur. Le viticulteur réitère sa volonté d'établir son lien de filiation avec le requérant, et réalise un test génétique établissant sa paternité. Avant le décès du viticulteur, entre temps placé sous sauvegarde puis sous curatelle, le Procureur indique ne pouvoir transcrire la paternité scientifiquement établie tant que le lien de filiation originel n'est pas anéanti. Le requérant assigne l'homme l'ayant reconnu aux côtés de la commune venant aux droits du défunt viticulteur pour obtenir l'annulation du lien de filiation et la transcription de la reconnaissance de paternité formulée par son père biologique, ainsi que, conséquemment, la remise en cause des libéralités au bénéfice de la commune. La Cour d'appel², dans un raisonnement validé par la Cour de cassation qui refuse d'admettre le pourvoi, déboute le demandeur, retenant que le consentement à l'analyse génétique était défailant et que la reconnaissance alléguée n'était qu'une intention de reconnaître dépourvue d'effets. Le requérant saisit la Cour européenne des droits de l'Homme, qui se livre à un contrôle concret en disant rencontrer « *des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique* » alors que les résultats du test génétique établissaient la réalité de la paternité, et que le défunt n'avait, lors de son décès, plus aucune famille connue³. Elle constate que le requérant a subi une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. De manière plus générale, elle pose que, « *dans pareil cas, un examen d'autant plus approfondi s'impose pour peser les intérêts en présence* »⁴, le rôle de la Cour européenne étant de « *rechercher si, en l'espèce, un juste équilibre a été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents* »⁵.

¹ Arrêt Pascaud précité, paragraphe n°11.

² Cour d'appel de Bordeaux, 26 septembre 2006.

³ Arrêt Pascaud précité, paragraphe n°68.

⁴ Arrêt Pascaud précité, paragraphe n°59.

⁵ Arrêt Pascaud précité, paragraphe n°60.

186. L'interprétation de l'affaire Pascaud

Il est dès lors possible de lire cet arrêt comme explicitant l'obligation pour les juridictions nationales de se livrer à un contrôle de proportionnalité, un contrôle abstrait de conformité ne permettant pas la pesée des intérêts en présence, la recherche par la Cour de ce juste équilibre marquant sa volonté de condamner les États ne la réalisant pas dans l'ordre interne. De fait, la satisfaction équitable fixée par la Cour européenne pour réparer le préjudice subi par Monsieur Pascaud est très élevée, l'État étant condamné à lui verser la somme de 2,750 millions d'euros¹. Le risque de ne pas respecter les prescriptions de la Cour européenne des droits de l'Homme prend ici une consistance bien réelle, et deviendrait vite insupportable pour les finances publiques si de telles condamnations devaient se multiplier.

187. La portée incertaine

Cependant, s'il est manifeste que l'arrêt Pascaud encourage la pratique du contrôle concret par les juridictions nationales, il est intéressant de constater que les articles évoqués plus haut qui le citent comme imposant une obligation de contrôler la proportionnalité ont tous été écrits plusieurs années après, postérieurement à l'appropriation de ce contrôle par la Cour de cassation. La lecture des commentaires rendus directement à la suite de l'arrêt Pascaud, qui ne semblent d'ailleurs pas particulièrement nombreux, invite à se demander dans quelle mesure il s'agit d'une lecture *a posteriori*. Monsieur Chénéde, s'il critique déjà le contrôle de proportionnalité réalisé par la Cour de Strasbourg, lequel « *masque [rait] mal, en effet, la réalité qui se dissimule derrière lui : une simple appréciation des faits — un jugement d'équité ? — dénuée de toute "contrainte juridique"* »² et regrette que la Cour de Strasbourg substitue ses propres arbitrages à la loi nationale appliquée par les juges français, n'indique pas que cette décision obligerait celui-ci à amender sa méthode. Hauser, commentant cette « *condamnation dont la portée est difficile à apprécier* »³, ne discerne pas plus une telle obligation. Madame Gaudemet-Tallon, quant à elle, en déduit « *qu'une loi étrangère qui interdirait en toutes circonstances l'établissement de la filiation biologique devrait, désormais, être considérée comme contraire à l'ordre public international français* »⁴, indiquant la manière dont le juge français doit accueillir cette décision par un contrôle de conventionnalité abstrait, sans noter qu'il lui faudrait modifier sa méthode

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 8 février 2013, n°19535/08, affaire Pascaud c/France (décision faisant suite à l'arrêt au fond et portant sur la satisfaction équitable).

² Chénéde (François), « Les conditions de l'action en recherche de paternité écartées au nom du droit au respect de la vie privée et familiale », *AJ Famille*, Dalloz, 2011, p. 429.

³ Hauser (Jean), « Le droit à l'expertise biologique et la Convention EDH : la vérité biologique à tout moment ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2011, p. 526.

⁴ Gaudemet-Tallon (Hélène) in Gaudemet-Tallon (Hélène) et Jault-Seseke (Fabienne), « Droit international privé février 2011 — janvier 2012 », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2012, p. 1228.

de jugement pour satisfaire aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Si la lecture et l'analyse de l'arrêt Pascaud ne permettent pas d'apporter une réponse tranchée à la question du rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'adoption par les juridictions françaises du contrôle de proportionnalité¹, peut-être une prise de hauteur sur le sujet permettra-t-elle de progresser sur cette voie.

188. Une parenté manifeste De ce point de vue, il est aisé de constater que les discours sur l'adoption du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation et l'ordre judiciaire n'insistent pas sur son indépendance et sa liberté dans ce choix. De fait, la parenté avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme semble assumée par la Cour de cassation et son mémento², celui-ci détaillant longuement les modes de raisonnement et les exemples jurisprudentiels de la Cour de Strasbourg pour chaque droit analysé. Le titre de ce mémento indique d'ailleurs explicitement qu'il limite son objet à la Convention européenne des droits de l'Homme sans mentionner le contrôle de proportionnalité ou le contrôle concret de la hiérarchie des normes.

Cette absence de prise d'autonomie affichée par la juridiction française vis-à-vis de la Cour européenne, parfois qualifiée de « *pratique volontariste du contrôle européen de proportionnalité* »³, peut être interprétée de plusieurs manières.

189. Une parenté subie ? Tout d'abord, elle peut être le signe que la Cour de cassation s'est trouvée contrainte d'adopter avec rigueur le mode de raisonnement de la Cour de Strasbourg, ne disposant d'aucune marge de manœuvre, à peine de voir sa jurisprudence constamment remise en cause, et son autorité contestée. Une telle explication servirait la vision politique de ceux qui voient dans l'émergence d'un ordre européen un recul regrettable de l'empire de la loi nationale, et non une redéfinition de celui-ci afin de rendre plus effectifs le principe de subsidiarité et la défense des droits des individus. L'absence de prise de distance

¹ Madame Debet relevait déjà en 2004 la difficulté de l'interprétation de la portée des arrêts de la Cour. Pour elle « *les arrêts de la Cour européenne et leur portée réelle font rarement l'objet d'une étude approfondie. On attribue ainsi souvent à ces arrêts une portée que peut-être ils n'avaient pas. Pourtant, la Cour européenne statue dans des circonstances particulières et la généralisation de la solution qu'elle adopte dans une affaire précise est toujours délicate* » (Debet (Anne), « Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 953).

² *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018.

³ Zenati-Castaing (Frédéric), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 511.

marquerait simplement l'impossibilité pour la Cour de cassation de s'éloigner des prescriptions de la Cour européenne, rendant visible la perte de souveraineté du juge français¹.

190. **Une parenté choisie ?** À l'inverse, l'adoption d'un contrôle de proportionnalité limité aux droits garantis par la Convention européenne peut être perçue comme un moyen de limiter l'influence de la Cour de Strasbourg, en important ses techniques pour réaliser un contrôle local, plutôt que d'externaliser celui-ci. La Cour de Strasbourg, saisie de la conformité d'une disposition française dont la proportionnalité a déjà été contrôlée dans l'ordre interne, réaliserait alors un contrôle plus superficiel, celui-ci consistant en un contrôle du contrôle effectué par les juridictions nationales dont la décision bénéficierait d'une « *présomption de conformité* »², et non en un contrôle *ex nihilo*. Une telle vision semble défendue par le Premier Président Louvel, qui a présidé la Cour de cassation entre 2014 et 2019, période durant laquelle le contrôle de proportionnalité a connu un grand essor. Pour lui, la Cour de cassation serait victime d'un « *darwinisme juridictionnel* »³ : condamnée à évoluer en adoptant de nouvelles techniques ou à voir son influence s'étioler. Le Premier Président a exprimé plus clairement encore cette pensée en indiquant que le contrôle de proportionnalité tel que pratiqué par la Cour de cassation « *correspond à l'examen complet de toutes les données d'une situation auquel se livre habituellement la Cour de Strasbourg, et qu'elle ne se dispense de faire que lorsque le juge national y a procédé lui-même* »⁴. L'adoption du contrôle de proportionnalité permettrait donc « *pour notre pays de trouver la voie devant lui permettre d'investir pleinement la marge nationale d'appréciation que la Cour de Strasbourg lui reconnaît et l'invite même à exercer effectivement* »⁵.

Adopter la méthode du juge de l'Europe des droits de l'Homme serait dès lors une action quasi patriotique permettant de limiter le pouvoir du juge de la Convention, et non une marque de soumission à celui-ci. La Cour céderait à grand bruit à la demande minimale de la Cour

¹ L'impératif pour le juge français de se conformer aux décisions des juridictions de l'Europe des droits de l'Homme est en tout cas rappelé par le Premier Président Soulard, qui retient que « *s'agissant des cours européennes, mon expérience me permet d'affirmer que la recherche du dialogue, à travers notamment les questions préjudicielles ou les demandes d'avis, n'empêche pas que la Cour de cassation respecte l'autorité qui s'attache aux décisions de ces deux juridictions, même lorsque ces décisions bouleversent le droit interne* » (Soulard (Christophe), Discours prononcé lors de son audience solennelle d'installation comme Premier président de la Cour de cassation le 18 juillet 2022, disponible sur le site internet de la Cour).

² Touzé (Sébastien), « L'arrêt Nicolo et la protection internationale des droits de l'Homme », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 124 et s.

³ Louvel (Bertrand), « La Cour de cassation face à l'évolution juridique internationale », discours prononcé lors du dîner annuel de l'association des juristes franco-britanniques le 31 mars 2015 (disponible sur le site internet de la Cour de cassation).

⁴ Louvel (Bertrand), « Réflexions à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1326.

⁵ *Ibidem*.

européenne afin de préserver sa souveraineté dans d'autres domaines. Concrètement, en manifestant son adoption de la technique du juge strasbourgeois, elle serait plus libre de s'éloigner de sa jurisprudence au fond, produisant désormais des jugements en apparence compatibles avec le logiciel européen qui seraient moins strictement contrôlés. Cette vision comporte une dose de cynisme, manifestant qu'il « *ne faut pas se bercer d'illusions, c'est bien un choix politique qui explique cet engouement soudain pour la proportionnalité, devenue l'étendard d'une lutte dont on ne sait trop si elle est menée pour les droits fondamentaux ou, plus pragmatiquement, pour la Cour de cassation elle-même* »¹. La promotion du contrôle de proportionnalité par le Premier Président Louvel trouve en effet sa place dans une action volontariste de réforme et de promotion de la Cour de cassation. Celle-ci a fait feu de tout bois, donnant lieu aussi bien à une remise en cause de la dualité des ordres juridictionnels², qu'à une réflexion sur le filtrage des pourvois³ ou à l'autonomie budgétaire⁴, l'objectif assumé étant de faire de la Cour de cassation une vraie « *cour suprême* »⁵.

191. Une parenté à expliquer La divergence entre les deux justifications, présentées à dessein sans contraste, est fine. Elle tient plus au récit qu'à la description. Toutes deux semblent voir le contrôle de proportionnalité comme un impératif imposé de l'extérieur auquel il faudrait se conformer afin de limiter la remise en cause du droit français par l'Europe des droits de l'Homme.

Il est par conséquent nécessaire de penser une autre voie pour expliquer l'adoption du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation et, plus largement, par les juges du fond des ordres administratifs et judiciaires. En effet, à ce stade du raisonnement, il n'a pas été identifié dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de tendance indiquant clairement que les juridictions nationales doivent reprendre tel quel cet outil. Du reste, l'existence d'une quelconque coercition n'apparaît pas clairement, la Cour européenne étant démunie face aux juridictions nationales en dehors de la satisfaction équitable. En revanche, il est établi que les juristes français, qu'il s'agisse des magistrats ayant mis en œuvre le contrôle de proportionnalité

¹ Mazeaud (Vincent), « Le renouvellement des fonctions de la Cour de cassation, vers une évolution apaisée ? », *in 40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Rencontres caennaises de procédure civile, 11 mars 2016, Dalloz, 2016, p. 89.

² Louvel (Bertrand), « Pour l'unité de juridiction », 25 juillet 2017, Tribune disponible sur le site de la Cour de cassation.

³ Louvel (Bertrand), « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *La semaine juridique, Edition générale*, LexisNexis, 2015, n°43, p.1906.

⁴ Louvel (Bertrand), « La justice n'est pas une administration comme les autres », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2018, n°26, p.9.

⁵ Louvel (Bertrand), « Projet pour la Cour de cassation », Projet présenté au Conseil supérieur de la magistrature en vue de la nomination du Premier président, 19 juin 2014, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

ou des commentateurs de cette évolution, tournent le regard vers Strasbourg pour justifier l'adoption de cet outil, utilisé avec la Convention européenne.

Pourquoi ce discours de la servitude volontaire ? Assurément, cela ne peut signifier que les juges français ont adopté un outil en se méprenant au sujet de leur obligation de le faire. Il est imaginable que l'argument du risque de condamnation par la Cour européenne ait « été quelque peu surexploité »¹, permettant aux juges et aux commentateurs de « se défaire sur le juge européen en adoptant une position passive de soumission »². Aussi séduisante que soit cette explication, il faut présumer la bonne foi des juges français faute de pouvoir apporter la preuve contraire et tenter d'éclaircir ce constat aux allures de paradoxe.

Pour cela, il faut saisir la consistance de l'exigence méthodologique que la Cour européenne des droits de l'Homme fait peser sur les juridictions nationales.

2 : L'inaptitude de l'argument méthodologique à justifier l'ineffectivité

192. **Que veut la Cour européenne ?** Construire une réponse à la question du pourquoi de l'adoption du contrôle de conventionnalité concret par les juridictions françaises implique nécessairement de saisir la substance du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le problème est ici de savoir, au-delà de la lecture des arrêts de la Cour de Strasbourg, ce que contrôlent véritablement ces décisions vérifiant que les juridictions nationales, en appliquant les lois, n'ont pas violé les droits garantis aux citoyens par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Nombreuses sont les hypothèses envisageables, les nuances entre elles étant infinies.

D'un côté du spectre, un contrôle purement méthodologique qui tendrait à imposer le respect d'étapes formelles dans la réflexion du juge et la rédaction du jugement, qui sous-tendrait une unification des modes de raisonnement judiciaire entre les États parties. Dans un tel système, peu importerait le résultat obtenu pour peu que le canevas imposé ait été respecté, ce qui n'implique pas nécessairement une quelconque hypocrisie de la Cour, le déroulé formel de l'instance étant un outil d'application des garanties substantielles.

De l'autre côté, un contrôle purement substantiel, où le juge européen conduirait un raisonnement selon sa méthode propre incluant les garanties de la Convention et vérifierait que le juge national parvient au même résultat. Peu importerait ici la méthode de raisonnement des juridictions des différents pays pour peu que le résultat obtenu soit en accord avec la

¹ Bonnet (Julien) et Roblot-Troizier (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821.

² *Ibidem*.

Convention.

Tous les degrés entre ces deux modèles sont envisageables, y compris celui où les deux systèmes se combinent pour vérifier avec rigueur tant la méthode que le résultat. Si peu de commentateurs semblent avoir envisagé la question sous cet angle, la lecture des quelques propos existants laisse, au premier regard, dans la perplexité devant l'apparence de propos contradictoires.

193. Hypothèses sur les attentes de la Cour

Pour certains, la chose ne fait aucun doute : « *la CEDH s'accommode parfaitement de tous les types de contrôle nationaux (soit quarante-sept de natures très diverses)* »¹. Par conséquent, « *rien, vraiment rien, dans la jurisprudence de la CEDH n'impose à la Cour de cassation d'abandonner sa technique de cassation ; ce qui compte, pour la Cour de Strasbourg, c'est le résultat obtenu, l'effectivité des droits ; si cette effectivité passe par une technique nationale inconnue de la common law, peu lui importe* »². La Cour européenne des droits de l'Homme n'aurait en résumé que faire de la méthode employée par les juges nationaux, s'intéressant exclusivement au résultat obtenu à son terme, l'effectivité des droits garantis par la Convention.

Monsieur Guyomar, juge français à la Cour européenne des droits de l'Homme, semble dresser un tableau différent. Présentant la méthode du *process-based review* utilisée par la Cour européenne, qui pourrait être traduite en français par « analyse fondée sur le processus », il indique que ce procédé « *se traduit par l'examen du processus décisionnel* »³ et que le contrôle exercé porte « *d'avantage sur la qualité de la procédure nationale de décision que sur la substance du résultat obtenu* »⁴. L'objectif de ce contrôle, qui présente une « *dimension de contrôle formel* »⁵, est dès lors de « *fournir aux juridictions nationales les instruments juridictionnels qui leur permettent, à leur tour et à leur place, d'exercer le contrôle de proportionnalité en important, dans l'ordre interne, la grille de contrôle conçue par la Cour* »⁶. La Cour assumerait une volonté d'unification des procédures nationales, demandant aux juges d'adopter sa méthode de décision, et vérifiant le respect de cette méthode plus que le résultat obtenu. Monsieur Guyomar note par conséquent qu'il est « *souhaitable, lorsque les juridictions*

¹ Guinchard (Serge), Ferrand (Frédérique) et Moussa (Tony), « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 278.

² *Ibidem*.

³ Guyomar (Mattias), « La cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le "contrôle du contrôle" », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 15 et s.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

internes exercent le contrôle de proportionnalité dans le champ de la Convention, qu'elles déroulent, autant qu'il est possible, les étapes successives de leur raisonnement »¹, allant jusqu'à recourir à « *la batterie de critère dégagée par la Cour* »².

La contradiction semble totale, certains auteurs interprétant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme comme ne s'intéressant qu'au résultat tandis qu'un juge ayant participé à son élaboration affirme qu'elle ne vérifie que la méthode. Elle n'est cependant qu'apparente.

194. **L'objet du contrôle : l'effectivité des droits**

La contradiction saute aux yeux entre le point de vue expliquant que la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'intéresse qu'au résultat obtenu par les juridictions nationales, et celui qui défend que la méthode compte avant tout dans son appréciation. Cependant, elle peut se dissoudre et devenir insignifiante selon la définition retenue de la notion de méthode ici employée. La méthode peut en effet désigner le procédé, les étapes précises visibles dans le jugement, sa présentation, en faisant une basse question de cuisine judiciaire. Dans cette acception, dire que la Cour européenne des droits de l'Homme s'intéresse à la méthode employée par le juge national revient à dire que ce dernier doit respecter avec précision les étapes élaborées par le juge de Strasbourg au détriment de sa méthode propre. Cependant, la méthode peut aussi désigner, de manière plus noble, la technique utilisée pour contrôler la conformité des normes de l'ordre interne avec celles de l'ordre conventionnel. La méthode du contrôle de conventionnalité ferait ici référence au caractère abstrait ou concret du contrôle, ou à sa réalisation uniquement par les juges d'une Cour suprême ou par tout juge de tout degré de juridiction.

La contradiction s'efface en considérant que la Cour européenne des droits de l'Homme s'intéresse à la méthode dans le second sens du terme. Elle vérifierait seulement que les juges nationaux réalisent un contrôle *in concreto*, vérifiant, lorsque cela leur est demandé, la conformité à la Convention non du texte de loi mais de son application à la situation de fait, tout en laissant les juges nationaux libres de réaliser ce contrôle concret de la manière dont ils l'entendent.

Une telle hypothèse est présentée par Monsieur Sudre pour qui « *il ne faut jamais oublier, s'agissant du contrôle pratiqué par la Cour européenne, que l'exigence d'effectivité des droits garantis commande toute la démarche du juge européen* »³. Par conséquent, « *la Cour*

¹ *Ibidem.*

² *Ibidem.*

³ Sudre (Frédéric), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°11, p. 289.

européenne fait preuve d'un grand pragmatisme et est plus intéressée par le résultat obtenu — la garantie effective des droits — que par la technique de contrôle »¹. De même, pour Monsieur Afroukh, « ce qui importe pour la Cour, c'est que le juge national dispose de pouvoirs pour remédier aux violations des droits »². Tout le débat ici entretenu se résumerait donc à la question purement sémantique et, somme toute, fort peu intéressante, de savoir si le caractère concret du contrôle relève ou non de la méthode. Des auteurs retiennent dans ce sens que « en réalité, la seule chose qu'impose véritablement la Convention EDH, c'est un contrôle rigoureux, par les juridictions nationales, du respect des droits qu'elle garantit. [Ce contrôle s'exerce] sans pour autant aller jusqu'à sanctionner un type de contrôle par le juge national »³. De ce fait, « si la technique de cassation n'est pas soluble dans les méthodes de la CEDH, elle n'en est pas moins compatible avec elles »⁴, ce qui signifie que cette méthode importe peu au juge strasbourgeois pour autant qu'elle réalise un contrôle concret du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le Premier Président Louvel dit en creux la même chose lorsqu'il remarque que « là où le juge français était habitué à user de l'aphorisme “la loi, toute la loi, rien que la loi”, la CEDH répond : oui, à condition que le résultat soit équitable, c'est-à-dire que l'application de la loi soit adaptée aux circonstances de l'espèce, nécessaire en raison de ces circonstances, et proportionnée à ces circonstances »⁵, insistant sur l'importance du résultat pour la Cour de Strasbourg, laquelle implique le contrôle concret⁶, qui peut être qualifiée d'élément de méthode.

195. Limites de l'explication

L'explication, cependant, peut ne pas entièrement satisfaire. En effet, il peut paraître paradoxal d'affirmer que la Cour européenne des droits de l'Homme laisse aux juges nationaux une grande liberté méthodologique pour peu qu'ils réalisent un contrôle *in casu* de l'application de la loi nationale vis-à-vis de la Convention tout

¹ *Ibidem*.

² Afroukh (Mustapha), « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment “dicté” par la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2019, chronique n°4.

³ Guinchard (Serge), Ferrand (Frédérique) et Moussa (Tony), « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 278.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Louvel (Bertrand), « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », *Les cahiers de Portalis*, Institut Portalis, 2016, n°3, p. 11 et s.

⁶ Monsieur Afroukh est dubitatif concernant le fait que la Cour européenne exigerait que le contrôle de conventionnalité soit concret. « Ce serait peut-être aller un peu vite en besogne que d'affirmer que la décision Charron Merle-Motet suggère que le contrôle de conventionnalité in concreto est le seul compatible avec la Convention européenne », note l'auteur, qui remarque une tendance du contrôle opéré par le juge strasbourgeois à être de plus en plus abstrait. Afroukh (Mustapha), « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment “dicté” par la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2019, chronique n°4.

en remarquant que l'adoption en France du contrôle de proportionnalité s'est faite sous l'influence du juge de l'Europe des droits de l'Homme, en reprenant largement sa méthode. Cette explication n'indique pas pourquoi le juge français a repris cette méthode en s'en éloignant si peu, alors qu'il aurait pu développer sa propre approche du contrôle concret, en modifiant aussi peu que possible sa méthode formelle de jugement. La réponse est peut-être que le lien qui unit le système judiciaire français à la Cour européenne des droits de l'Homme est au moins autant un lien d'autorité qu'un lien d'attraction¹.

196. **L'irrésistible attraction du contrôle** Les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme pour limiter le risque de condamnation des décisions prises par les juges nationaux portent sur la réalisation d'un contrôle *in concreto* de la compatibilité de l'application des législations à la Convention européenne, laissant les juges libres de la manière de procéder à ce contrôle. Cependant, le juge judiciaire, dans son adoption du contrôle dit de proportionnalité, se réfère constamment au juge européen, et, dans une certaine mesure, reprend sa méthode, faisant évoluer sa jurisprudence pour « *la mettre en harmonie avec les positions réelles ou supposées de la CEDH* »².

Ce goût du juge français pour la référence à la Cour européenne pourrait venir d'une volonté de s'exonérer d'une certaine critique : celui-ci étant forcé d'adopter le contrôle de proportionnalité, il serait vain de lui reprocher de s'approprier cette technique qui étendrait son pouvoir. Cependant, il semble plus vraisemblable que, pour réaliser un contrôle concret, ce que la Cour européenne comme l'exigence d'effectivité des droits fondamentaux demandent absolument, le contrôle de proportionnalité « *s'impos[e] de lui-même* »³. Le juge français, en effet, a vu son office se construire, depuis au moins la Révolution, sur l'idée d'une certaine déférence vis-à-vis de la loi qui ne l'a pas préparé à une appréciation concrète, à la différence de ses homologues de *common law*. Devant concrétiser son contrôle de conventionnalité, il s'est trouvé en présence d'un modèle pratiquement clef en main proposé par la Cour européenne, dont la jurisprudence « *a compté parmi les principaux vecteurs de diffusion de la culture de la*

¹ On pourrait y voir un exemple de dialogue des juges, expression qui « *renvoie à l'idée de discussion, de concertation, et a le mérite de fournir un concept consensuel qui – écartant a priori toute relation d'autorité – évite de s'interroger sur les sujets qui fâchent, et notamment sur la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* ». Sudre (Frédéric), « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, p.207.

² Fulchiron (Hugues), « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et dynamique des normes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 271.

³ Le Gac-Pech (Sophie), « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 46.

proportionnalité en Europe »¹. Cette reprise de la méthode existante présenterait en plus l'avantage de faciliter la compréhension par la Cour européenne des droits de l'Homme des jugements pratiquant un contrôle concret à la française, celui-ci présentant une certaine familiarité avec la présentation européenne, et manifestant l'adoption par le juge français du contrôle concret. Cette solution présenterait en tout cas le bénéfice de la simplicité, puisque « *l'on peut penser que la meilleure façon de faire voir à la Cour européenne des droits de l'homme que le contrôle a été exercé est de suivre la méthode du contrôle de proportionnalité qui est suivie par la Cour européenne elle-même* »². C'est peut-être dans ce sens que le juge Guyomar utilise le terme « *souhaitable* » lorsqu'il indique que « *il est souhaitable, lorsque les juridictions internes exercent le contrôle de proportionnalité dans le champ de la Convention, qu'elles déroulent, autant qu'il est possible, les étapes successives de leur raisonnement* »³ selon la technique de la Cour. C'est sans doute au moins autant par facilité que par obligation que le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de cassation emprunte tant à celui de la Cour européenne des droits de l'Homme.

197. **Relativité de la question**

À la fin des fins, tout est affaire de point de vue lorsqu'il s'agit de répondre à la question de l'obligation pour les juridictions nationales d'adopter le contrôle de proportionnalité. En qualifiant de contrôle de proportionnalité tout contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, il n'est pas inexact de dire que le juge français a été forcé par la Cour européenne des droits de l'Homme, à peine de voir les condamnations de ses décisions se multiplier. En revanche, il est tout aussi exact de dire que seul le contrôle concret s'impose au juge français, celui-ci ayant fait le choix de s'inspirer du contrôle pratiqué par la Cour européenne et d'invoquer sa jurisprudence comme élément déterminant dans son adoption afin de défendre sa place sur la scène du « *darwinisme juridictionnel* »⁴.

Cela permet de comprendre que le juge français a opéré un choix en décidant de pratiquer le contrôle de proportionnalité tel qu'il le pratique aujourd'hui, étant donné qu'il lui aurait été possible d'adopter ou de construire n'importe quelle forme de contrôle concret, et que le refus

¹ Dubout (Édouard), « Le côté obscur de la proportionnalité », *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 183.

² Chérot (Jean-Yves), « Sur les usages de la distinction par le juge du contrôle de proportionnalité *in abstracto* et *in concreto* », *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu, Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 177.

³ Guyomar (Mattias), « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le "contrôle du contrôle" », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 15 et s.

⁴ Louvel (Bertrand), « La Cour de cassation face à l'évolution juridique internationale », discours prononcé lors du dîner annuel de l'association des juristes franco-britanniques le 31 mars 2015 (disponible sur le site internet de la Cour de cassation).

du contrôle concret ne l'aurait conduit qu'à voir ses décisions condamnées lorsque l'application de la loi française donne lieu à un résultat non conforme à la Convention. Il est intéressant d'explorer ces alternatives.

Paragraphe II : La solution d'une appropriation du contrôle concret

198. **Comparaison des alternatives** L'importance du contrôle concret de conventionnalité dans la défense effective des droits et libertés fondamentaux est établie. Cependant, les discours portant sur l'adoption en France du contrôle de proportionnalité ne se concentrent pas sur son effet sur ces droits et libertés, mais sur ce qu'elle révèle et occasionne concernant la défense de l'ordre juridique français. Il est nécessaire de se placer aussi sur ce terrain pour apprécier l'opportunité de l'adoption en France du contrôle de conventionnalité concret. Le meilleur moyen de réaliser cette appréciation est d'imaginer les deux situations les plus extrêmes que sont le refus du contrôle concret (**A**) et son accueil par le juge national (**B**).

A : L'illusion d'un refus bénéfique du contrôle

199. **Les effets d'un refus** L'ordre juridique de l'Europe des droits de l'Homme étant dépourvu de tout moyen véritable de coercition à l'encontre des juridictions nationales au-delà de la satisfaction équitable, il ne serait pas impossible au juge français d'afficher son refus du contrôle concret. Cela permettrait d'offrir l'apparence d'une défense de l'ordre juridique national (**1**), mais la réalité serait toute autre, aboutissant à une distanciation de la protection des droits fondamentaux (**2**).

1 : L'apparence d'un ordre juridique préservé

200. **Règne de la loi** Comme l'indiquent messieurs de Castries et Molfessis, le contrôle de conventionnalité concret « est déjà là, présent, dans de nombreuses décisions de la Cour de cassation »¹. Par conséquent, « il ne sert à rien de le masquer et encore moins de prôner sa suppression, parfaitement a-historique »². De fait, un abandon assumé du contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire provoquerait d'importants remous et serait d'une grande visibilité, susceptible de donner lieu à une réaction assumée de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ses effets seraient potentiellement bien différents de ceux qu'aurait eu le fait de ne jamais adopter le contrôle, cette non-décision présentant une plus grande discrétion. L'objet

¹ de Castries (Henri) et Molfessis (Nicolas), (*dir.*), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, 2015, p. 146.

² *Ibidem*.

n'est par conséquent pas d'imaginer les conséquences d'un abandon du contrôle, mais de se livrer à un exercice d'uchronie, imaginant brièvement quelles auraient été les conséquences si le juge judiciaire n'avait jamais fait sien le contrôle de conventionnalité concret.

Dans cette hypothèse, nul besoin d'aller au-delà du contrôle de conventionnalité abstrait pratiqué de longue date par le juge judiciaire¹. Nul besoin non plus de remettre en question la méthode syllogistique, qui peut suffire seule à justifier l'application de la loi. Par conséquent, le débat sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation aurait pu se dérouler sans les interférences du contrôle de proportionnalité, se contentant d'interroger la compatibilité de l'*imperatoria brevitatis* avec les attentes des justiciables du XXI^e siècle.

Un tel positionnement de la Cour de cassation et du juge judiciaire français ne serait pas conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui demande qu'un contrôle concret de conventionnalité soit effectué. Par conséquent, des justiciables saisiraient la Cour de Strasbourg afin qu'elle procède au contrôle concret ignoré par le juge national. Certaines décisions réalisant ce contrôle de proportionnalité donneraient lieu à un constat de disproportion, conduisant à une condamnation de la France. Rien n'indique cependant que ces décisions seraient très nombreuses. En effet, les condamnations n'apparaîtraient que lorsque l'incompatibilité concrète se rencontre effectivement, la Cour européenne des droits de l'Homme ne condamnant pas une décision où un contrôle de proportionnalité demandé n'est pas effectué tant que le résultat de l'application de la loi à la situation factuelle est conforme à la convention. Cela n'est cependant valable que pour autant que les requérants ne saisissent pas la Cour européenne en se passant d'une saisine préalable du juge national, excipant que les recours internes sont illusoires et voués à l'échec. De plus, les effets d'une telle politique jurisprudentielle seraient longs à se faire sentir, les délais de jugement devant la Cour européenne des droits de l'Homme étant importants, particulièrement lorsqu'elle doit réaliser une appréciation complexe tel un contrôle de proportionnalité. Ces décisions seraient d'autant moins nombreuses que tous les justiciables pouvant potentiellement en bénéficier ne la saisissent pas, beaucoup renonçant devant une procédure longue, chère et désagréable.

La situation, en apparence, pourrait paraître relativement satisfaisante pour qui s'oppose au contrôle de conventionnalité concret. Le juge français continuerait de juger comme il le fait depuis deux siècles, plaçant la loi au centre de son raisonnement, et n'étant que de temps à autre critiqué par la Cour européenne sur une application précise de celle-ci. La majesté de la loi nationale apparaîtrait presque intacte.

¹ Cour de cassation, Chambre mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, Affaire dite des Cafés Jacques Vabre.

2 : La réalité d'une protection des droits fondamentaux distancée

201. **Externalisation** Cette majesté, cependant, ne serait qu'apparente. En effet, les droits et libertés fondamentaux, qui demeureraient garantis par les textes de valeur supra-législative tel la Convention européenne, dont la Constitution indiquerait toujours qu'elle prime sur les lois nationales¹, ne seraient plus justiciables devant le juge français dans leur pleine dimension. En effet, la conception contemporaine de l'effectivité des droits et libertés fondamentaux, pleinement embrassée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, implique qu'un contrôle concret de conformité vienne seconder le contrôle abstrait. Ce contrôle, qui ne serait pas assumé par le juge français, se déroulerait à défaut à Strasbourg. C'est ce qu'indique Madame le Rapporteur Bretonneau, mettant en garde les Conseillers d'État statuant sur l'affaire Gonzalez-Gomez au sujet de la réalisation du contrôle concret : « *y renoncerez-vous d'ailleurs que la Conv. EDH [sic.] finirait par l'exercer pour vous* »². La chose serait naturellement préjudiciable aux justiciables, dont la protection des droits garantis ne serait plus assumée par le juge national de manière diffuse et avec proximité, mais par une lointaine Cour dont les quelques dizaines de juges ne peuvent se prononcer qu'après des années de procédure.

Il n'est d'ailleurs pas certain que les opposants au contrôle se satisferaient de cette situation d'un contrôle concret rendu moins accessible. En effet, les arguments de fond contre ce type de raisonnement visent son caractère concret lui-même, plus que son exercice par tel ou tel juge. Un contrôle concret pourrait choquer encore plus s'il n'était réalisé que par des juges en majorité étrangers appartenant à une juridiction internationale, n'ayant que faire de la méthode spécifique du juge français, et étant peu au fait des particularités et subtilités du droit national. Il ne serait pas illogique, si le droit issu de la Convention européenne des droits de l'Homme ne percolait pas dans le droit français pour s'intégrer dans le système normatif et judiciaire comme il le fait aujourd'hui, de vouloir s'en libérer totalement. La sortie d'un État membre du Conseil de l'Europe et l'abandon corrélatif de toute justiciabilité de la Convention n'est en effet plus inédite, et apparaît régulièrement dans le débat politique de plusieurs pays d'Europe de l'Ouest. La France, lors des dernières élections présidentielles par exemple, ne fait pas exception plusieurs candidats aux scores significatifs des différents bords du spectre des idées ayant dans leurs programme des propositions visant à sortir ou s'éloigner de l'influence de la Cour européenne. Il ne se trouverait alors personne pour réaliser un contrôle concret de l'application

¹ Constitution du 4 octobre 1958, article 55.

² Bretonneau (Aurélien), « Droits subjectifs contre interdit législatif, Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, n° 396848 », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 740.

des règles de droit vis-à-vis des droits et libertés du Bloc de constitutionnalité, qui ignore encore cette méthode, à moins d'une hypothétique évolution des méthodes du Conseil constitutionnel. De nombreuses constructions théoriques des juristes des deux derniers siècles pourraient en revanche être mobilisées pour expliquer que les justiciables ne perdent rien avec l'abandon de ce « *droit venu d'ailleurs* »¹, lorsque le législateur veille avec bienveillance sur leurs droits fondamentaux, au surplus surveillés *a priori* et *a posteriori* par les Sages du Conseil constitutionnel. L'uchronie se transforme en dystopie.

B : La réalité des bénéfices de l'appropriation du contrôle

202. **L'accueil du contrôle** Au premier regard, l'adoption par le juge judiciaire français du contrôle de conventionnalité de l'application des règles de droit tel que le pratique la Cour européenne des droits de l'Homme ne paraît pas être le meilleur moyen de défendre la place du juge national et de la loi française. Il est même aisé de présenter celle-ci comme une perte de souveraineté, de dire le juge judiciaire soumis au diktat d'une Cour étrangère, aux volontés impérialistes. La réalité semble cependant bien différente, l'adoption du contrôle concret par le système judiciaire français se révélant être un excellent moyen pour celui-ci d'investir pleinement sa marge d'appréciation (1), défendant par-là les choix du législateur national, tout en sauvegardant autant que faire se peut la précieuse méthode léguée par la pratique du droit continental en France (2).

1 : La marge nationale d'appréciation pleinement investie

203. **Défense des décisions du juge français** L'investissement par le juge national de la totalité de sa marge d'appréciation doit permettre à celui-ci de renforcer son pouvoir de conviction vis-à-vis des juges strasbourgeois (a), ce qui s'est vérifié en pratique lorsque ces derniers ont eu à traiter de décisions françaises pratiquant le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes (b).

a : La théorie : une force de conviction accrue des jugements français

204. **Subsidiarité de la Cour européenne** Le système de garantie des droits et libertés fondamentaux mis en place au moyen du Conseil de l'Europe ne vise pas à aspirer au niveau régional la totalité du contentieux où est invoquée une violation des droits garantis. La Cour de Strasbourg n'a pas été conçue comme un dernier degré de juridiction ayant vocation à traiter un grand nombre d'affaires, mais comme un ultime gardien n'intervenant qu'en cas de

¹ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs, 2010, p. 44.

faillite des systèmes judiciaires nationaux. La seule observation de sa composition permet de s'en convaincre, puisqu'elle ne compte qu'un juge par État membre, lorsque, pour comparaison, la seule Cour de cassation française compte plus de deux cents conseillers, ces deux cours étant toutefois également surchargées.

Cela implique que la mise en œuvre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme incombe aux États signataires, comme pour toute convention internationale. L'existence d'une Cour intégrée au dispositif conventionnel n'étant qu'une ultime garantie d'effectivité des droits, cela signifie que les États ne peuvent en aucun cas se décharger sur elle de la tâche de garantir effectivement les droits fondamentaux. Bien au contraire, le juge national est le « *juge naturel de la Convention* »¹, chargé en tout premier lieu de s'assurer de son application. C'est ce qu'indique le Vice-président Sauvé pour qui « *le principe de subsidiarité et la marge d'appréciation reconnue aux États membres constituent un facteur de coordination qui permet à chaque ordre juridique de définir son champ de compétences et il donne sa pleine portée au rôle du juge national comme juge de droit commun du droit européen* »².

Ce principe de subsidiarité, qui fonde la répartition théorique des rôles entre les systèmes judiciaires nationaux et la Cour européenne des droits de l'Homme, a récemment vu son importance rappelée par les États signataires. Ceux-ci indiquent que « *les États parties et la Cour partagent la responsabilité de la mise en œuvre effective de la Convention, sur la base du principe fondamental de subsidiarité* »³, ce qui implique que « *les États parties doivent respecter les droits et libertés garantis par la Convention, et remédier de manière effective aux violations au niveau national* »⁴. Par conséquent, la Cour européenne n'agit que « *si des violations n'ont pas obtenu de remède au niveau national* »⁵, étant établi que « *lorsque la Cour constate une violation, les États parties doivent se conformer à son arrêt définitif* »⁶. Cette prise de position a eu pour suite l'introduction du principe de subsidiarité dans le texte de la convention, son préambule indiquant désormais qu'il « *incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des*

¹ Sudre (Frédéric), « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme, À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis 2013, n°42, p. 1086.

² Sauvé (Jean-Marc), « Le Conseil d'État et le droit européen et international », discours prononcé le 26 octobre 2016 à l'Université de Tokyo, disponible sur le site internet du Conseil d'État.

³ Déclaration de Brighton tenue à l'occasion de la conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme des 19 et 20 avril 2012, disponible sur le site internet de la Cour, point n°3.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles »¹, manifestant le fait que « *l'économie de la Convention EDH est toute entière fondée sur la notion de subsidiarité* »².

205. De la subsidiarité à la marge nationale d'appréciation Cette « *application décentralisée de la Convention* »³, qui en multiplie le nombre d'interprètes, a pour corrélat d'en limiter l'unité d'application. Si l'interprétation émise par la Cour européenne des droits de l'Homme bénéficie d'une autorité logique particulière, en plus de s'imposer aux états signataires comme l'a reconnu la Cour de cassation⁴, le fait que les juges étatiques soient en premier lieu chargés d'appliquer la Convention limite les questions qui seront posées au juge du Conseil de l'Europe, et limite également l'ampleur des réponses qu'ils y apporteront. Cet effet du principe de subsidiarité, nommé marge nationale d'appréciation, est également incorporé au préambule de la Convention, qui met en lien les deux notions⁵.

Le principe de subsidiarité, dont la marge nationale d'appréciation est une implication, est une clef d'explication de la manière dont l'adoption par les juridictions nationales du contrôle concret de conventionnalité leur permet d'œuvrer pour la promotion des droits nationaux.

206. Marge nationale d'appréciation et contrôle concret La combinaison de ces deux principes, en effet, établit un lien de corrélation entre le degré de contrôle exercé par les juridictions nationales et celui exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme. Plus les juridictions nationales contrôleront le respect des droits garantis par la Convention par le droit interne, moins la Cour européenne réalisera un tel contrôle, qui serait redondant. Comme l'explique Monsieur Jamin, la Cour européenne des droits de l'Homme peut en effet « *jouer le jeu du principe de subsidiarité* »⁶ si elle est convaincue que le contrôle exercé par le juge

¹ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, préambule tel que modifié par le protocole 15 du 24 juin 2013 entré en vigueur le 1^{er} août 2021.

² Sudre (Frédéric), « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis 2013, n°42, p. 1086.

³ *Ibidem*.

⁴ Cour de cassation, Assemblée plénière, 15 avril 2011, n°10-17.049, Note Marguénaud (Jean-Pierre), « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2011, p. 725 ; Maron (Albert) et Haas (Marion), « Le lièvre et la Convention », *Droit pénal*, LexisNexis, 2011, n° 6, commentaire n° 84.

⁵ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, préambule tel que modifié par le protocole 15 du 24 juin 2013 entré en vigueur le 1^{er} août 2021. « *Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation* ».

⁶ Jamin (Christophe), « Cour de cassation : une question de motivations », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°29, p. 878.

national est suffisant.

La Cour européenne des droits de l'Homme manifestant clairement le fait que le respect des droits garantis par la Convention ne peut être effectif que s'il est réalisé un contrôle concret de conformité en plus d'un contrôle abstrait, cela signifie que la réalisation par le juge national d'un tel contrôle est de nature à affecter la marge nationale d'appréciation dont il dispose, l'augmentant. Ainsi, lorsqu'un contrôle de conventionnalité concret est réalisé, le contrôle auquel procédera la Cour européenne en cas de saisine sera plus restreint et superficiel.

C'est ce qu'exprime le Premier Président Louvel lorsqu'il indique que le contrôle de proportionnalité « *correspond à l'examen complet de toutes les données d'une situation auquel se livre habituellement la Cour de Strasbourg, et qu'elle ne se dispense de faire que lorsque le juge national y a procédé lui-même* »¹, le principe de subsidiarité voulant « *que cette Cour n'exerce son contrôle sur la décision du juge national que si celui-ci ne l'a pas lui-même complètement effectué* »². C'est dans ce sens que Monsieur Chauvin qualifie le contrôle opéré par la Cour européenne à la suite d'un contrôle concret opéré par le juge national de « *subsidaire* »³.

207. Marge nationale d'appréciation et choix du législateur L'intérêt de laisser le juge français « *investir pleinement la marge nationale d'appréciation* »⁴ est manifeste, non seulement dans un contexte de concurrence entre les cours nationales et la Cour européenne, mais surtout dans une optique de défense des choix méthodologiques et substantiels opérés par le droit français, dans la mesure de leur compatibilité avec les engagements internationaux consentis par le pays.

Plus que l'appropriation d'une technique employée par la Cour européenne, l'adoption par le juge français du contrôle de proportionnalité serait avant tout un puissant moyen d'affirmer son pouvoir au service des arbitrages décidés par le législateur, au détriment d'un contrôle du respect des droits fondamentaux sous-traité à la Cour de Strasbourg. En effet, il est bien des cas où, pour celle-ci, « *l'existence même du contrôle de proportionnalité garantit en l'espèce la conventionalité de la règle* »⁵, son exercice en France garantissant indirectement « *le respect de choix du législateur national* »⁶ dans tous les cas où le caractère exceptionnel des faits de

¹ Louvel (Bertrand), « Réflexions à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1326.

² *Ibidem*.

³ Chauvin (Pascal), « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°43, p. 10.

⁴ Louvel (Bertrand), « Réflexions à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1326.

⁵ Fulchiron (Hugues), « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2017, n°1, p. 52.

⁶ *Ibidem*.

l'espèce ne conduira pas le juge à constater l'inconventionnalité de l'application de la loi. Monsieur Fulchiron indique que « *confier en amont le contrôle de proportionnalité au juge national pourrait contribuer à un utile rééquilibrage entre national, européen et international* »¹, présentant avec un certain enthousiasme la manière dont le contrôle concret pourrait être un outil au service de la saine relation entre les ordres juridiques. La chose est également évoquée par Messieurs de Castries et Molfessis qui vont jusqu'à proposer une consécration officielle du contrôle de proportionnalité opéré en France², lesquels rappellent qu'il permettrait avant tout de conforter la vocation du juge français à « *pleinement protéger les droits et libertés fondamentaux lorsque la conformité de la loi interne — ou plus exactement de son application — à un Traité est en cause* »³.

La même chose peut être dite de manière moins enthousiaste, présentant l'adoption du contrôle comme le moyen de sauver une partie du pouvoir du juge français, garantie indirecte que les choix du législateur seront pris en compte. C'est ce qu'a fait le Premier Président Louvel en parlant de « *darwinisme juridictionnel* », indiquant qu'il était nécessaire que la Cour de cassation fasse évoluer « *sa tradition ancestrale, (...) pour que son contrôle demeure efficient et que ne lui soit pas substitué celui qu'opère la Cour de Strasbourg* »⁴. De la même manière, pour Madame Legendre, « *la nationalisation du contrôle de proportionnalité représente (...) la voie idéale, ou plutôt celle qui est la moins mauvaise* »⁵ pour « *enrayer ses effets tout en préservant ses bienfaits* »⁶.

Quelle que soit l'appréciation portée sur le jeu de la marge nationale d'appréciation et du principe de subsidiarité lorsque le contrôle de proportionnalité réalisé par le juge national y est inséré, la Cour européenne des droits de l'Homme en a livré une explication claire sous forme d'un exemple éloquent dans une décision portant sur la France.

b : La confirmation pratique : accueil par la Cour européenne du contrôle concret

208. Accueil du contrôle français Dans cette affaire, deux femmes mariées désirent réaliser un parcours de procréation médicalement assistée permettant à l'une d'elles de bénéficier d'une insémination artificielle afin qu'elles puissent devenir mères. Au moment des

¹ Fulchiron (Hugues), « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1376.

² de Castries (Henri) et Molfessis (Nicolas), (*dir.*), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, 2015, proposition n°27.

³ de Castries (Henri) et Molfessis (Nicolas), (*dir.*), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, 2015, p. 150.

⁴ Louvel (Bertrand), « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », *Les cahiers de Portalis*, Institut Portalis, 2016, n°3, p. 11 et s.

⁵ Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p. 302.

⁶ *Ibidem*.

faits, l'assistance médicale à la procréation n'était pas ouverte aux couples de femmes et aux femmes seules, la loi indiquant que le recours à ces techniques avait pour objet « *de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* »¹, précisant que l'infertilité devait être médicalement constatée et visant plus loin « *l'homme et la femme formant le couple* ». En conséquence, le praticien responsable de la médecine reproductive du centre hospitalier universitaire sollicité oppose un refus au couple, bien que l'une des femmes soit médicalement stérile. Les épouses saisissent directement la Cour européenne des droits de l'Homme, arguant qu'un recours en excès de pouvoir aurait été dépourvu de toute chance de succès. La Cour de Strasbourg rejette leur requête pour cause d'absence d'épuisement des voies de recours internes².

Pour ce faire, la Cour fait siens les arguments soutenus par le gouvernement français, relevant que la conformité des dispositions législatives critiquées à la Constitution, établie par le Conseil constitutionnel, est une question distincte de la conventionnalité de l'application de cette même loi à la situation des requérantes. La constitutionnalité de la loi n'implique pas sa conventionnalité concrète. La Cour en déduit que « *même si les chances de succès étaient éventuellement réduites du fait de la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013, un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHS de Toulouse du 15 décembre 2014 fondé sur les articles 8 et 14 de la Convention n'aurait pas été de toute évidence voué à l'échec* »³, ce qui empêche de considérer les voies de recours internes épuisées comme l'exige la Convention⁴, et d'examiner la demande des requérantes.

La Cour précise sa *ratio decidendi*, exposant que « *l'obligation d'épuiser préalablement les voies de recours internes vise, entre autres, à donner aux États membres la possibilité de redresser la situation qui fait l'objet de la requête avant de devoir répondre de leurs actes devant un organisme international* »⁵, et que « *il est en effet primordial lorsque la Cour aborde la question complexe et délicate de la balance à opérer entre les droits et intérêts en jeu dans*

¹ Code de la santé publique, article L2141-2. Modifié par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, le même article dispose désormais que « *l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental* », celle-ci étant ouverte à « *tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée* ».

² Cour européenne des droits de l'Homme, 16 janvier 2018, n°22612/15, affaire Charron et Merle-Montet c/France, Note Binet (Jean-René), « Discrimination dans l'accès à l'AMP : irrecevabilité de la requête d'un couple de femmes », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2018, n° 4, p. 117 ; Dionisi-Peyrusse (Amélie), *AJ Famille*, Dalloz, 2018, p. 139 ; Marguénaud (Jean-Pierre), « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 349 ; Sudre (Frédéric), « Droit au respect de la vie privée et familiale — PMA : wait and see ... », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2018, n° 8, p. 224.

³ Arrêt précité, paragraphe n°29.

⁴ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, article 35 paragraphe 1.

⁵ Arrêt précité, paragraphe n°31.

le cadre de l'application de cette disposition que cette balance ait préalablement été faite par les juridictions internes, celles-ci étant en principe mieux placées pour le faire »¹.

209. **Un rejet motivé par l'adoption du contrôle concret** Autrement dit, la Cour européenne considère que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées en l'espèce car les requérantes auraient pu bénéficier d'un contrôle concret de conventionnalité devant les juges français². La Cour établit un lien explicite entre le contrôle concret, requis pour l'effectivité des droits garantis par la Convention, et le principe de subsidiarité, qui implique qu'il est préférable que ce contrôle soit réalisé au niveau national. Par conséquent, il apparaît que si le juge national compétent refusait de réaliser un contrôle de proportionnalité, la Cour européenne aurait considéré les voies de recours internes épuisées et aurait accueilli l'affaire sans que le juge national n'ait pu se prononcer.

Monsieur Marguénaud appuie cette idée en citant une autre décision de la Cour européenne, antérieure au développement en France du contrôle concret, concernant une requête dont les auteurs avaient d'abord initié un pourvoi en cassation sans remettre le mémoire ampliatif nécessaire à la poursuite de l'instance après que la Cour ait rendu des décisions contraires à leurs demandes dans des affaires similaires à la leur³. La Cour européenne avait pourtant accueilli leur requête sans opposer le non-épuisement des voies de recours internes, jugeant que *« eu égard à l'autorité de la Cour de cassation dans le système juridictionnel français, ainsi qu'à la nature des arrêts rendus le 20 février 2007, qui règlent clairement et sans ambiguïté une question de droit qui faisait auparavant l'objet d'interprétations divergentes par les juridictions du fond, la Cour estime que, dans un tel contexte juridique, les requérantes pouvaient légitimement déduire de la jurisprudence de la première chambre civile qu'en l'espèce, un pourvoi en cassation devant cette même instance eût été voué à l'échec »*⁴. Ici, l'absence de contrôle concret implique un tel niveau de déterminisme dans l'instance devant le juge national que la Cour européenne des droits de l'Homme considère que celle-ci est vouée à l'échec, et n'est dès lors pas apte à assurer le respect des droits fondamentaux garantis par la Convention.

La chose est radicalement différente dans l'affaire Charron et Merle-Montet puisque, entre

¹ Arrêt précité, paragraphe n°31.

² Il se serait ici agi des juridictions de l'ordre administratif, mais la réflexion est parfaitement applicable concernant les juridictions de l'ordre judiciaire.

³ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 349.

⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, 31 août 2010, décision sur la recevabilité portant sur la requête n°25951/07, affaire Gas et Dubois c/France.

temps, les deux ordres juridiques français ont adopté le contrôle de conventionnalité concret. Bien que la vraisemblance indique que les épouses n'auraient très probablement pas eu gain de cause lors d'un contrôle de proportionnalité effectué par le juge administratif, la Cour européenne des droits de l'Homme considère la simple possibilité qu'elles avaient d'obtenir un tel contrôle comme justifiant de ne pas accueillir leur requête. La Cour montre par là que le contrôle de proportionnalité permet de garantir « *un contrôle effectif de la règle de droit au regard des droits et libertés de l'individu : un contrôle qui, au-delà du contenu de la règle, s'intéresse à son application au cas particulier* »¹.

210. Nouvel équilibre Cette décision manifeste le nouvel équilibre entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'Homme que permet la mise en place par les juges internes du contrôle de conventionnalité concret, véritable « *moyen de rééquilibrage voulu et attendu par la Cour de Strasbourg* »². Il permet au juge interne d'assumer pleinement son rôle de « *premier gardien des droits et libertés garantis par la Convention et par ses protocoles* »³. Ce message clair peut d'ailleurs être reçu d'une manière critique, Monsieur Marguénaud regrettant que la Cour européenne des droits de l'Homme fasse de « *la subsidiarité l'otage de la proportionnalité* »⁴, l'arrêt Charron et Merle-Montet indiquant que « *le principe de subsidiarité ne peut s'épanouir que si les juridictions nationales jouent le jeu du contrôle de proportionnalité in concreto* »⁵. Pour Monsieur Fulchiron, cette jurisprudence marque cependant le fait que, en adoptant le contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation a « *donné aux règles du Code civil la souplesse nécessaire, (...) [mettant] la France à l'abri d'une probable censure de la Cour EDH* »⁶, constituant un « *satisfecit* »⁷ donné à la Cour de cassation.

Pour saisir en quoi cet ensemble jurisprudentiel des juridictions françaises et de la Cour européenne des droits de l'Homme est favorable à l'influence des premières, il est utile d'imaginer ce qui se serait produit si Mesdames Charron et Merle-Montet avaient épuisé les

¹ Fulchiron (Hugues), « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 649.

² Touzé (Sébastien), « L'arrêt Nicolò et la protection internationale des droits de l'Homme », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolò*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 124 et s..

³ Fulchiron (Hugues), « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 649.

⁴ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 349.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Fulchiron (Hugues), « Souplesse de la règle et balance des intérêts : condamnation des délais rigides en matière de filiation », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2018, n°6, p. 149.

⁷ *Ibidem*.

voies de recours internes. Un contrôle de proportionnalité aurait été pratiqué, qui ne leur aurait vraisemblablement pas donné satisfaction. Elles auraient alors saisi la Cour de Strasbourg, qui aurait accueilli l'affaire, la condition d'épuisement des voies de recours internes étant par hypothèse satisfaite. L'adoption du contrôle de proportionnalité par les juges français serait vaine du point de vue de l'influence de ces juridictions si la Cour de Strasbourg procédait à un contrôle de proportionnalité complet, faisant prévaloir son appréciation au détriment du contrôle concret opéré par le juge national. Il n'en serait rien, le principe de subsidiarité impliquant que, vérifiant le contrôle concret réalisé par le juge national, la Cour de Strasbourg ne procède qu'à un contrôle léger, superficiel.

211. **Manifestation du nouvel équilibre** La Cour européenne, dans une affaire où une détenue demandait une autorisation de sortie pour assister aux funérailles de son père, juge que « *les autorités judiciaires ont procédé à une mise en balance des intérêts en jeu, à savoir, d'une part, le droit de la requérante au respect de sa vie familiale, et, d'autre part, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales (...). Elle considère que l'État défendeur n'a pas dépassé la marge d'appréciation dont il jouit dans ce domaine* »¹. La Cour pratique ici un contrôle léger en s'appuyant sur le fait que les juridictions nationales ont opéré un contrôle de conventionnalité concret, la légèreté de ce contrôle et le respect qui en découle de la marge nationale d'appréciation étant manifestée par le fait que cette jurisprudence apparaît en retrait de la position de la Cour sur la possibilité pour un détenu d'obtenir une sortie pour assister à des obsèques².

Ainsi, il est établi que, si le contrôle concret est réalisé en France, la Cour européenne sera moins regardante sur le résultat obtenu par les requérants devant les juridictions nationales, réalisant un contrôle plus tolérant du fait du respect du caractère concret du contrôle qu'impose l'exigence d'effectivité des droits garantis par la Convention. Autrement dit, la Cour de Strasbourg établit une sorte de « *présomption de conformité du contrôle de conventionnalité* »³ réalisé par le juge national respectant ses préconisations.

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 11 avril 2019, n°48798/14, affaire Guimon c/France, Note Marguénaud (Jean-Pierre), « La présence des détenus aux funérailles de leurs proches », *Revue de science criminelle*, Dalloz, 2019, p. 713 ; Pastre-Belda (Béatrice), « Refus opposé à une personne détenue de se rendre aux obsèques de son père », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2019, n° 18, p. 491.

² Pour une présentation de cette jurisprudence et du caractère « *régressif* » de l'arrêt Guimon, voir Marguénaud (Jean-Pierre), « La présence des détenus aux funérailles de leurs proches », *Revue de science criminelle*, Dalloz, 2019, p. 713.

³ Touzé (Sébastien), « L'arrêt Nicolo et la protection internationale des droits de l'Homme », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 124 et s.

212. **Conséquence sur la conventionnalité d'une disposition** Par conséquent, l'application d'une même loi nationale peut, *in fine*, être inconventionnelle pour la Cour européenne réalisant un contrôle concret complet car celui-ci n'a pas eu lieu en France, ou conventionnelle si la Cour européenne se contente de vérifier le contrôle concret opéré par le juge national qui a conclu à la conventionnalité concrète de la norme. La promotion ainsi opérée de la marge nationale d'appréciation est manifeste, et devrait rendre rares les situations, redoutées par Hauser, où seront réalisées « *des appréciations très différentes de la proportionnalité entre les différentes juridictions et, notamment, entre la Cour EDH (grand chambre comprise) et la Cour de cassation* »¹, forçant l'ordre juridique français à recourir à la formation de révision lorsque cela est possible². Du reste, l'adoption par le juge national du contrôle concret devrait dans une certaine mesure décourager les justiciables ayant épuisé les voies de recours interne de saisir le juge strasbourgeois. L'intérêt de s'engager dans une procédure longue et onéreuse simplement pour le voir réaliser un contrôle léger posera en effet question dans bien des affaires.

Cependant, le prix à payer pourrait être trop élevé si elle condamnait les juridictions nationales à devenir des cours européennes *bis*, les forçant à abandonner leur Histoire et leurs techniques, qui participent aussi de la prise en compte de la spécificité des différents états européens.

2 : La méthode sauvegardée

213. **Défense de la méthode du juge français** L'adoption par le juge français du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes lui permet de sauvegarder autant que faire se peut la méthode qui lui est propre (a). Il est par conséquent regrettable de le voir sur certains points singer les méthodes de la Cour européenne, ce qui ne renforce aucunement l'effectivité des droits fondamentaux, mais amoindrit la cohérence des méthodes de jugement (b).

a : La liberté méthodologique

214. **Principe de la liberté** L'adoption d'un contrôle concret de la conventionnalité de la loi est dotée de conséquences vigoureuses, conduisant la Cour européenne des droits de l'Homme à fortement modérer son contrôle pour respecter la marge nationale d'appréciation. Il apparaît que, tant qu'une procédure équitable est respectée, et

¹ Hauser (Jean), « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 7, p. 297.

² En matière civile, la procédure de révision faisant suite à un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme n'est ouverte qu'en matière d'état des personnes (Code de l'organisation judiciaire, article L452-1).

qu'une décision manifestement disproportionnée n'est pas prise, la Cour européenne se satisfait pleinement d'un contrôle concret réalisé par le juge national. Le caractère *in casu* du contrôle de conventionnalité assure en effet un haut niveau d'effectivité des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, étant seul à même de s'assurer que ces droits trouveront une traduction concrète pour les justiciables. Au-delà de cet aspect méthodologique du contrôle concret, la Cour européenne est peu regardante sur la méthode, lorsque celle-ci désigne le déroulement précis du contrôle et sa présentation formelle. Ceux-ci relèvent de la liberté méthodologique du juge national, qui se trouve en dehors du champ de ce qui intéresse la Cour européenne.

Concernant cette méthode, les juges français ont développé au fil des siècles une technique spécifique dont ils peuvent s'enorgueillir. Celle-ci repose notamment sur le caractère apparent du syllogisme, qui entraîne une présentation logique et accessible de la décision du juge, et l'*imperatoria brevitatis*, qui permet aux juges de tenir un propos précis et riche sans éparpiller leur argumentation. Cela est visible y compris à la lecture des arrêts de la Cour de cassation à la motivation enrichie¹, qui restent bien plus concis que les décisions de justices rendues dans la plupart des autres systèmes. Le même choix n'a pas été opéré par la Cour de Strasbourg, qui a préféré s'inspirer des techniques de rédaction anglo-saxonnes, dont il a été relevé qu'il y a autant de différences entre elles et la rédaction à la française « *qu'entre un jardin à la française et un parc anglais* »², permettant aux juristes français de critiquer la longueur inutile de celles-ci, qui en obère l'accessibilité³.

215. Implications de la liberté Il n'est pour ces raisons ni nécessaire ni souhaitable que les juges français, adoptant le contrôle concret de conventionnalité, se mettent par là même à singer la Cour européenne des droits de l'Homme. Tant que le contrôle concret sera réalisé en France, la Cour de Strasbourg considérera la marge nationale d'appréciation investie de manière satisfaisante, pour autant que les éléments du contrôle soient explicités dans la décision, c'est-à-dire que la conventionnalité ou l'inconventionnalité concrète ne sont pas affirmées sans justification. Dans cette limite, la Cour de cassation comme le Conseil d'État sont libres d'élaborer leur propre présentation du contrôle concret pour les juridictions de leurs

¹ Dont la méthode est détaillée dans le *Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts*, Cour de cassation, 5 juin 2019, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

² Croze (Hervé), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181.

³ Gautier (Pierre-Yves), « Éloge du syllogisme », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°36, p. 902.

ordres respectifs, sans devoir adopter un « *habillage de motivation* »¹ pour se conformer aux standards européens. La Cour de cassation devrait pouvoir envisager les évolutions de sa manière de motiver, dont Monsieur Gautier considère qu'elle doit être « *plus explicite* »² tout en respectant le syllogisme, de manière distincte avec son développement du contrôle concret. Il est possible d'aller plus loin et d'espérer que le syllogisme du XXI^e siècle qui permettrait à la Cour de cassation de renouveler son génie rédactionnel en y incluant le contrôle de proportionnalité, puisse « *donner l'exemple* »³ à la Cour européenne, l'inspirant à rendre des décisions d'une meilleure qualité rédactionnelle. Cela serait possible seulement si les juridictions françaises assumaient de s'appropriier pleinement le contrôle *in concreto* dans une méthodologie qui leur est propre, et non de l'utiliser comme un outil d'importation clef en main⁴. Malheureusement, certains signaux indiquent que ce n'est pas la voie prise.

b : Le danger d'une servitude méthodologique volontaire

216. Importation de la marge nationale d'appréciation

La volonté de la Cour de cassation de manifester le fait que son contrôle de proportionnalité a été adopté en réponse au Conseil de l'Europe semble la conduire à importer également des éléments spécifiques à la jurisprudence de la Cour européenne qui sont superflus et malvenus. Il s'agit de notions utilisées par les juges de Strasbourg dans le contexte d'une Cour internationale devant prendre en compte des dizaines de systèmes normatifs, qui sont hors de propos dans les mains d'une Cour suprême nationale.

C'est par exemple le cas de la marge nationale d'appréciation. La promotion de cette marge nationale est un résultat de l'appropriation du contrôle concret par les juridictions nationales, leur permettant d'en faire un large usage. Parallèlement, cette notion est également utilisée par la Cour européenne pour faire varier l'étendue de son contrôle⁵, celle-ci reconnaissant la présence d'une large marge nationale d'appréciation sur certaines questions, d'une marge étroite sur d'autres. Elle dépend notamment de la nature du droit violé, la Cour étant d'une exigence maximale en cas d'atteinte à l'intégrité physique des requérants, et de l'existence d'un

¹ Gautier (Pierre-Yves), « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2189.

² Gautier (Pierre-Yves), « Éloge du syllogisme », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°36, p. 902.

³ *Ibidem*.

⁴ Monsieur Pellé relève de la part de la Cour de cassation « *une réelle difficulté à s'extraire de la tutelle de la jurisprudence européenne* », « *à rebours de la volonté d'émancipation affichée* ». Pellé (Sébastien), « Métamorphose de la loi et contrôle de proportionnalité », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.347.

⁵ Szymczak (David), « Convention européenne des droits de l'homme : aperçu général », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, n°63.

consensus européen¹, la présence d'un tel consensus réduisant la marge laissée aux États qui s'en distinguent. Il s'agit dès lors d'une notion spécifique au caractère international de la Cour européenne.

La Cour de cassation propose pourtant d'utiliser ce critère pour déterminer son niveau de contrôle sur les décisions prises par les juges du fond². Plus précisément, il est proposé que la Cour de cassation se calque sur le niveau de contrôle opéré par la Cour européenne, réalisant un contrôle léger lorsque la marge d'appréciation est importante, et étroit lorsqu'elle est restreinte³.

Une telle proposition vise sans doute à protéger les décisions de la Cour de cassation d'une remise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme, procédant à un contrôle plus important lorsque la Cour sait que sa décision sera scrutée de près par les juges du Conseil de l'Europe. Elle n'est cependant pas satisfaisante, revenant à considérer que la Cour de cassation n'a pour objectif que de réduire le risque que les solutions apportées aux litiges par les juges français soient jugées non conformes par la Cour européenne. En se fondant sur ce critère⁴, en effet, la Cour de cassation manifeste un abandon de tous les autres objectifs qu'elle pourrait poursuivre, tels que l'unité de la jurisprudence judiciaire ou la protection des droits fondamentaux des justiciables. Elle manifeste une soumission inédite de la Cour de cassation qui va au-delà de tout ce que la Cour européenne pourrait exiger, allant à l'encontre de l'objectif affiché lors de l'adoption du contrôle concret, qui est au contraire de promouvoir les solutions du législateur et l'influence du juge français sur la scène européenne.

Un autre critère pourrait être choisi, qui assurerait que la Cour de cassation réalise un contrôle rapproché sur les questions susceptibles d'être étroitement contrôlées par la Cour européenne, tout en manifestant que son contrôle est un élément de souveraineté. Il pourrait s'agir, comme le proposent les avocats aux conseils, des « *droits et libertés mis en cause* »⁵. Cela permettrait de prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme tout en affichant l'objectif d'une protection effective des droits et libertés des justiciables de France.

¹ *Ibidem*.

² Cour de cassation, Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 2020, p. 7.

³ *Ibidem*.

⁴ Ce qu'indique déjà faire la 1^{re} Chambre civile. Canas (Sophie) et Le Cotty (Rachel), *Note sur l'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile en cas de mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité/proportionnalité*, publiée en annexe au rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, p. 12.

⁵ Réponse de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation au groupe de travail sur le contrôle de proportionnalité, publiée en annexe au rapport dudit groupe de travail, p. 39.

217. **Importation du consensus européen**

Autre notion dont l'importation semble problématique, le consensus européen, qui, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, sert notamment de déterminant à cette marge nationale d'appréciation. Pour le Premier Président Louvel, « *si nous-mêmes nous intégrons ce contrôle, il faut que l'on ait aussi la démarche de la vérification des consensus européens* »¹. Ici encore, si la Cour de cassation ne peut pas faire comme si le consensus européen n'existait pas, puisqu'il est régulièrement invoqué par la Cour européenne, devant le prendre en compte dans son contrôle pour limiter les risques de décision contraire, elle ne doit pas le faire avec une apparente servilité. La plus vague notion d'analyse des « *droits et libertés mis en cause* » avancée par l'Ordre des avocats aux conseils paraît ici encore à même d'autoriser cette prise en compte en affichant l'indépendance de l'ordre juridictionnel national.

Du reste, il semble établi que la Cour européenne fait du consensus européen une utilisation téléologique, le mystifiant, selon le mot de Monsieur Sudre, pour en faire un critère « *purement formel* »² afin de « *dire tout et son contraire* ». La mise en place d'une telle analyse du consensus européen, qui suppose de comparer la réponse apportée à une question parfois complexe par quarante-six ensembles normatifs différents est déjà difficile pour la Cour européenne, et semble totalement illusoire pour la Cour de cassation³.

La Cour de cassation est en position de défendre son approche méthodologique, cette défense étant nécessaire pour donner du sens à la marge nationale d'appréciation investie par l'appropriation du contrôle de conventionnalité *in concreto*, objectif affiché de l'adoption du contrôle dit de proportionnalité. À défaut, le risque est que la méthode du juge judiciaire, au lieu d'être préservée, soit brouillée par un syncrétisme processuel mélangeant inutilement les méthodes d'une juridiction internationale avec une tradition juridique ayant fait ses preuves.

Section II : Défense contre l'incohérence intérieure

218. **Un contrôle favorable à la loi**

Outil de justification et d'affirmation des choix du législateur français vis-à-vis des ordres normatifs et juridictionnels européens, le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes présente également des effets bénéfiques dans l'ordre interne. Sous certains aspects, il est à même de se mettre au service de la loi, ne la

¹ Louvel (Bertrand), « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°43, p. 1122.

² Sudre (Frédéric), « La mystification du “consensus” européen », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°50, p. 1369.

³ Même si le Service de documentation, des études et du rapport, chambre de la Cour de cassation, ayant pour fonction la recherche documentaire et la diffusion de la jurisprudence de la Cour, compte au sein de son pôle d'étude et de recherche un bureau « droits fondamentaux, droit de l'Union européenne et droit comparé ».

défendant plus seulement contre les influences extérieures, mais aussi contre ses propres vices et penchants affectant sa qualité et sa majesté, renforçant les choix du législateur. Le contrôle peut avoir pour effet de permettre à une loi de continuer à s'appliquer, ayant fait apparaître sa rationalité ou l'ayant protégée contre une autre forme de contrôle hiérarchique. Le contrôle *in concreto*, en faisant peser des exigences nouvelles sur la loi, en révélerait la qualité et permettrait *in fine* d'élaborer des lois plus à même de présenter la généralité qui fait leur qualité. Il convient de voir en quoi le contrôle concret peut avoir pour effet le renforcement de la loi (**Paragraphe I**), voire son sauvetage dans des situations où son applicabilité dans l'ordre juridique est questionnable (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Le renforcement de la loi contrôlée

219. **Une remise en question bénéfique** Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, en mettant en jeu l'application de la loi au cas d'espèce, peut aboutir à son renforcement. L'affirmation présente toutes les apparences d'un paradoxe, revenant à dire que ce qui est présenté comme un déclassement de la loi, la ravalant selon certains commentateurs au même rang que les faits de l'affaire présentée au juge, peut en réalité aboutir à l'affirmer et à l'affermir. Dans le but de clarifier ce propos, il est utile d'entendre les craintes portant sur la place de la loi qu'occasionne le contrôle de proportionnalité (**A**), avant de défendre que cette modalité spécifique de remise en question de la loi présente des vertus qui rejaillissent sur celle-ci (**B**).

A : Les craintes de la remise en question

220. **L'inconfort de la remise en question** Le contrôle de proportionnalité, en interrogeant sous un angle nouveau le rôle de la loi dans l'ordre juridique et plus généralement dans la Cité, peut légitimement faire craindre pour la majesté des actes législatifs votés par le Parlement. Il faut, avant de pouvoir présenter les bénéfices du contrôle, écouter ces craintes (**1**) et observer leur objet (**2**).

1 : Expression des craintes

221. **Constatation** Pratiquer le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, souvent nommé contrôle de proportionnalité, c'est remettre la loi en question. Ce truisme vient rappeler que le contrôle concret est une étape supplémentaire de questionnement

de l'applicabilité de la loi¹, dont un résultat possible, objectif poursuivi par celui qui demande le contrôle, est la non-application de la loi au litige concerné. Cette affirmation, qui relève de la substance du contrôle, n'est guère contestable. Un mécanisme qui ne permettrait pas l'éviction de la loi dont la non-conformité a été constatée ne pourrait en effet pas être qualifié de contrôle du respect de la hiérarchie des normes, à moins de tordre plus que de raison la définition de cet ensemble. Le contrôle de proportionnalité, par conséquent, interroge et affecte la place de la loi, son rôle dans le procès et dans la société.

Cette constatation peut logiquement se retrouver dans toute réflexion sur le contrôle concret, qu'elle en ait une appréhension ou une conclusion plus ou moins positive ou enthousiaste. Par exemple, pour Messieurs Marguénaud, Jestaz et Jamin, la proportionnalité s'affirmerait comme « *la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit* »², l'issue étant que « *c'est la règle qui risque de céder* »³. De la même manière, pour Monsieur Théry, le contrôle de proportionnalité, en donnant lieu à l'élaboration d'une solution sur-mesure au litige, « *transforme la règle en simple élément du débat* »⁴.

L'interaction existant entre le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes et la loi est clairement établie. En conséquence, elle ouvre la porte à la critique.

222. Critique

L'issue possible du contrôle de proportionnalité, qui est, en cas de succès du moyen, de ne pas appliquer la loi désignée par le syllogisme au cas d'espèce, si elle est une conséquence logique du mécanisme, n'en est pas moins sujet à une appréciation de valeur. Elle touche en effet à la loi, qui, par l'entremise des élections constituant le Parlement, est issue de la volonté populaire. Il s'agit d'une question politique, interrogeant la place de la loi, et, par conséquent, la séparation et l'équilibre des pouvoirs. Tout un pan de l'argumentation critique à l'égard du contrôle, s'intéressant non à sa technique mais à ses effets, porte sur cet aspect de la question.

Monsieur Chénéde pointe par exemple une éviction de « *la loi au nom des droits de l'homme* »⁵, de même que la possibilité ouverte « *désormais à tout juge, sous le contrôle léger de la Cour de cassation, d'écarter la volonté claire et précise du législateur* »⁶. Une lecture convergente

¹ Voir *supra* 69 et s.

² Jestaz (Philippe), Marguénaud (Jean-Pierre) et Jamin (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 2061.

³ *Ibidem*.

⁴ Théry (Philippe), « Propos conclusifs », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n° 16, 2018, p. 98.

⁵ Chénéde (François), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 796.

⁶ Chénéde (François), « Nullité du mariage entre alliés, Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 953.

est faite par Monsieur Bénabent, qui, combinant une vision d'universitaire et de praticien de la technique de cassation, constate que le juge judiciaire s'est forgé « *à lui-même une arme pour rejeter la prédominance de la loi* »¹.

Ces quelques propos, dont les exemples pourraient être multipliés, permettent de voir que le contrôle concret inquiète, voir qu'il fait peur. De nombreux auteurs semblent avoir une perception à dominante négative de ses effets sur l'ordre juridique français. Il est important de mieux saisir l'objet de ces craintes avant de pouvoir les apprécier.

2 : *Objet des craintes*

223. **Amoindrissement de la loi** La règle de droit désignée par le syllogisme pour trancher le litige étant remise en question par le contrôle concret de la hiérarchie des normes, il est à craindre qu'il en résulte un amoindrissement de la loi. L'applicabilité d'une loi étant questionnée, elle est sujet au doute dans l'esprit et dans les anticipations des parties et du juge. La faculté d'anticipation que la loi permet aux parties serait dès lors mise à mal par le développement du contrôle, menant à une complexification de l'économie du procès, moins prévisible puisque l'application de la règle de droit édictée par le législateur n'en serait plus qu'une des issues possibles.

C'est ce que redoute Monsieur Gautier, qui note que, dans un système où le contrôle de proportionnalité est pratiqué, « *il n'y a plus de règle de droit écrit pour trancher le conflit d'intérêts* »². Certainement faut-il lire cette affirmation non comme celle de la disparition de tout règle écrite, mais comme la disparition de la faculté de la règle écrite à trancher le conflit, étant donné que le contrôle de proportionnalité peut effectivement conduire à ce que la règle de droit écrite, évincée, ne tranche plus le conflit. Monsieur Puig fait le même constat, relevant que « *déjà contrôlée à tous les stades de son existence par des normes supérieures, la loi se trouve désormais combattue sur le terrain factuel* »³.

L'amoindrissement de la loi semble avéré, celle-ci pouvant être, du fait du contrôle concret, remise en question sur un terrain nouveau où elle était auparavant protégée. En plus de cette chute de la loi, véritable *capitis deminutio*, il est à craindre que son aptitude à régir les situations pour lesquelles elle est édictée soit également questionnée par une atteinte qui serait portée à sa simplicité et son accessibilité.

¹ Bénabent (Alain), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz 2016, p. 137.

² Gautier (Pierre-Yves) « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Bateur*, LGDJ, 2021, p. 55. L'auteur met en italique les mots que nous soulignons.

³ Puig (Pascal), « L'excès de proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 70.

224. **Complexification de la loi** Une conséquence directe du contrôle de proportionnalité, qui multiplie les occasions de remettre en question la loi, pourrait également être une augmentation de la complexité de son application. En effet, chaque occurrence du contrôle peut laisser une empreinte sur la loi contrôlée. Quel que soit le résultat du contrôle, la loi scrutée fait l'objet d'une argumentation de la part des parties et des juges. Il est dès lors concevable que les dispositions législatives se retrouvent petit à petit grevées de ces différents raisonnements, qui élaboreraient des distinctions croissantes s'y appliquant. La généralité de la loi, qui demeurerait dans le texte, serait en pratique annihilée. Ainsi lestées, les lois seraient moins lisibles, la prévisibilité de leur application diminuerait, et la sécurité juridique s'amoinrirait.

Est dressé le tableau inquiétant d'une loi qui serait, par l'effet du contrôle concret de la hiérarchie des normes, ravalée au même rang que le fait, et, par le même effet, se dégraderait au point de présenter le même niveau de complexité. La loi ne serait plus à même ni de donner la solution du litige, ni de présenter un caractère de généralité à même d'embrasser largement les situations du quotidien, sans pour autant mal les étreindre.

Pour justifiées que soient ces craintes, il est possible de les critiquer de manière constructive en n'omettant pas les vertus de ce questionnement de la loi.

B : Les vertus du questionnement

225. **Questionnement et non remise en question** Le questionnement de la loi, en effet, n'est pas nécessairement sa remise en question. Au contraire, cette opération intellectuelle semble produire des effets positifs concrets pour la loi. Il est à même de permettre son renforcement (1), ce dont atteste la pratique (2).

1 : La possibilité du renforcement par le questionnement

226. **Les effets de l'absence de questionnement** Pour prendre conscience des effets du questionnement de la loi par le contrôle de proportionnalité, il est éclairant de raisonner à partir des effets de l'absence de questionnement. L'affirmation de cette absence de questionnement ne doit pas tromper, la loi ayant bien sûr été débattue et questionnée durant son processus d'adoption, au moyen de l'étude d'impact¹, d'avis du Conseil d'État, et des débats parlementaires précédant le vote. Cependant, il s'agit là de questionnements antérieurs à

¹ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, article 8.

l'adoption de la loi. En l'absence de questionnement postérieur, le choix réalisé *ab initio* par le législateur trouve à s'appliquer sans être apprécié *a posteriori*, bénéficiant d'une sorte de sanctuarisation.

Dans cette situation, pour que la loi puisse trouver à s'appliquer dans la durée, il faut que le choix opéré par le législateur soit auréolé d'une aura particulière de respectabilité. Cela requiert tant la qualité du choix opéré que celle du processus décisionnel ayant permis d'y parvenir. À une époque où la loi est désacralisée, ces conditions peuvent être difficiles à réunir.

Quand bien même elles le seraient, l'écoulement du temps fait que les conditions qui s'appliquaient lorsque la loi a été élaborée et votée ne sont plus celles qui existent lorsqu'elle trouve à s'appliquer, cet écoulement du temps ayant également pour effet une évolution de la société à laquelle la loi s'applique. Les étapes préalables au vote de la loi, quoique réalisées avec le plus grand soin, ne la mettent pas à l'abri de l'épreuve du temps.

Il apparaît alors nécessaire que la loi, postérieurement à son vote, ne soit pas placée en dehors du débat, au-dessus du questionnement. À défaut, l'écoulement du temps la condamnerait à devenir anachronique, étant donné qu'elle aurait été appliquée à de nombreuses espèces sans que sa pertinence et son adéquation ne soient vérifiées.

227. La technique du questionnement Un tel questionnement peut parfaitement échapper aux juges. Les parlementaires ayant voté la loi paraissent bien placés pour en apprécier l'application. Les commissions permanentes du Sénat sont compétentes pour réaliser le « *suivi de l'application des lois* »¹, y compris par l'élaboration d'un bilan annuel, de même que celles de l'Assemblée nationale peuvent conduire des missions sur « *les conditions d'application d'une législation* »². De tels rapports peuvent permettre d'apprécier la manière dont une loi s'insère dans un ordre juridique en constante évolution, de même que dans un contexte social d'application qui n'évolue pas moins vite.

Ce questionnement peut aussi provenir plus directement de la société civile, dont peuvent émaner des opinions demandant à voir un choix législatif modifié, relayées par la presse et par des mouvements sociaux. Les universitaires et les praticiens du droit ont également leur rôle à jouer dans ce processus, étant particulièrement à même d'apporter un point de vue d'expert sur l'adéquation d'un texte de loi au reste de l'ordonnement juridique.

Il est cependant naturel de concevoir que ce questionnement puisse également avoir lieu devant le juge, tout particulièrement au cours d'une instance où il est question de l'applicabilité de la

¹ Règlement du Sénat, article 19 *bis* A.

² Règlement de l'Assemblée nationale, articles 145 et s.

loi. C'est ainsi là où la loi est appliquée que sa validité est débattue, ce qui n'est pas sans évoquer le principe de subsidiarité. Ce questionnement peut être réalisé abstraitement, quoique son moment et son lieu rendent logique la concrétisation du contrôle, puisque la loi n'est pas envisagée isolément, mais dans le cadre d'une affaire particulière, nourrissant le raisonnement dont elle est l'occasion.

228. Les conséquences de la technique La concrétisation du contrôle a des implications quant à l'argumentation qui sera produite¹, ce qui commandera les effets de ce contrôle. En effet, là où un contrôle abstrait serait alimenté par une critique abstraite et générale de la loi, cherchant à démontrer le plus largement possible son caractère inadéquat, le contrôle concret pousse la partie demanderesse à produire une argumentation nourrie des faits de l'espèce. Tout le jeu, pour convaincre le juge que le texte, sans être vicié dans sa généralité, ne peut s'appliquer à l'espèce, est de montrer que celle-ci se distingue du *plerumque fit*, la situation générale pour laquelle il a été pensé. L'argumentation cherche ainsi à situer le texte mis en question dans une hypothèse extrême où son applicabilité est mise en en doute, le soumettant à une forme de *stress test*, l'éprouvant dans ses limites. Un tel questionnement est limité dans son objet, mais présente une forte intensité, critiquant avec la plus grande vigueur l'application du texte dans une hypothèse définie et restreinte.

Cette constatation semble avoir d'importantes conséquences concernant les effets du contrôle sur la loi.

229. Les fruits du questionnement : triple renforcement de la loi Dans l'hypothèse où le contrôle concret conclut que la loi est applicable à la situation factuelle, ce contrôle paraît à même de produire un effet de renforcement de la disposition contrôlée. Puisque le contrôle porte sur une situation extrême, dont l'aspect extraordinaire est renforcé par l'argumentation de la partie qui sollicite le contrôle, l'application de la loi décidée par le juge viendra en premier lieu indiquer que la loi convient à cette situation. Les frontières de l'applicabilité de la loi seront précisées et repoussées, le doute sur son application se dissipant dans une situation où il existait. La loi sera alors étayée dans les situations factuelles limites, sur ses périphéries. Il s'agit d'un renforcement spécifique.

La loi étant applicable dans une situation extrême, il faut *a fortiori* en conclure qu'elle est applicable dans des situations se rapprochant de la normalité, du *plerumque fit*. Puisque la loi convient dans une situation exceptionnelle, il n'est en effet guère raisonnable, *ceteris paribus*,

¹ Voir *supra* n°81 et s.

de soutenir qu'elle ne peut s'appliquer à une situation s'éloignant moins de la normalité. Le contrôle donne ici lieu à un renforcement général de la loi.

Enfin, en plus de ces deux effets de renforcement, qui ne sont la conséquence que de la décision du juge d'appliquer la loi dont la conformité du résultat produit par son application à l'espèce a été vérifiée vis-à-vis d'une norme de valeur supra-législative, le processus même du contrôle produit un effet de renforcement argumentatif. En effet, face à l'argumentation de la partie ayant demandé le contrôle de proportionnalité, qui soutient que le texte est inapproprié à la situation factuelle, la partie adverse aura produit une argumentation défendant au contraire le texte de loi. Surtout, le juge, en réponse à ces arguments, aura décidé d'appliquer le texte dans un jugement motivé. Cette motivation, réponse aux critiques sur la loi formulée par la partie demanderesse, n'est autre chose qu'une argumentation construite en défense de la loi, soutenant son applicabilité, et renforçant sa rationalité. Les arguments utilisés dans cette motivation peuvent se rapprocher de ceux qui ont conduit à l'adoption de la disposition législative, en renouvelant la pertinence¹. Ils peuvent également porter sur des angles de la question qui n'avaient pas été envisagés *ab initio*, permettant d'élargir le champ de l'argumentation en faveur de la disposition. S'ensuit un effet de justification du choix du législateur, indiquant que le choix par lui opéré était satisfaisant, et fournissant des arguments dans ce sens, un renforcement argumentatif.

La loi sort renforcée du contrôle, non seulement parce qu'elle s'applique à l'espèce, mais aussi car l'opération intellectuelle de sa justification, réalisée lors de son vote, a été répétée par un autre organe, avec un discours prenant en compte son application. Si elle peut toujours être remise en question à l'avenir, dans une affaire différente, elle est incrémentalement renforcée à chaque fois qu'un contrôle concret conduit à son application. La probabilité de voir un contrôle subséquent décider de sa non-application se réduit d'autant.

Il est dès lors visible que le contrôle concret menant à l'application de la loi est différent, dans ses effets, de l'absence de contrôle concret. Cette absence de contrôle, si elle ne fait pas courir à la loi le risque de n'être pas appliquée *in casu*, ne lui permet pas de bénéficier du triple renforcement qu'offre le contrôle concret concluant à l'applicabilité de la loi.

Un tel effet de renforcement de la loi par la remise en question peut paraître paradoxal, cette affirmation soutenant que c'est en mettant la loi en danger de ne pas être appliquée que son

¹ Dans ce sens, Houssier (Jérémy), « La motivation enrichie en droit de la famille : brèves observations sur la structuration et la motivation du contrôle de proportionnalité », in Dugué (Marie) et Traullé (Julie), *La motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation*, LexisNexis, 2023, p. 75, pour qui « certains fondements des règles nationales de droit de la famille en seront sortis 'grandis' car brandis comme des arguments dans la pesée des intérêts en balance ».

application peut être sécurisée. En effet, chaque contrôle produit un renforcement de la loi qui en augmente la solidité, tant que le contrôle de proportionnalité ne conduit pas à évincer la loi.

2 : La réalité du renforcement par le questionnement

230. **Affaiblissement redouté des règles de contestation de la filiation** Le domaine complexe des actions en matière de filiation peut sembler particulièrement fragilisé par le développement du contrôle concret de la hiérarchie des normes. Ses règles, aux conséquences radicales, sont fortement impératives et ne ménagent guère de place à la prise en compte par le juge des situations factuelles. La chose se comprend aisément et se critique difficilement, des règles de prescription posant un cadre temporel qui doit être le même pour toutes les situations se subsumant dans la même règle. Il est un moment où « *il faut que le dernier mot soit dit, où l'incertitude du droit est plus fâcheuse que l'injustice* »¹.

Par exemple, un délai de dix ans -suspendu pendant la minorité à l'égard de l'enfant- vient fermer les actions relatives à la filiation², ce délai étant ramené à cinq ans lorsque le titre contesté est corroboré par la possession d'état³.

Il est aisé de construire une argumentation pour un contrôle de proportionnalité à l'encontre de telles règles, excipant d'événements particuliers ayant empêché d'intenter les actions dans le délai ou des conséquences particulièrement défavorables de ces délais (la question du caractère convaincant d'une telle argumentation est toute autre).

De ce fait, il semble *a priori* y avoir fort à craindre, dans ce domaine, de l'introduction du contrôle de proportionnalité. Monsieur Bernand relève par exemple que « *les sources d'inconventionnalité potentielle de certaines situations créées par la rigidité des équilibres actuels du droit de la filiation sont nombreuses* »⁴, en déduisant notamment que « *l'article 333 n'est bien évidemment pas à l'abri d'une éviction ponctuelle sur le fondement d'un contrôle de proportionnalité exercé in concreto* »⁵. De manière convergente, Monsieur Fulchiron convient que « *la conformité du droit français est assurée par le juge qui, comme l'a admis la Cour de cassation, peut écarter in casu la règle de principe dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité* »⁶.

¹ Baudry-Lacantinerie (Gabriel) et Tissier (Albert), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, Larose, 1895, p. 22.

² Code civil, article 321.

³ Code civil, article 333.

⁴ Bernand (Younes), « L'article 333, alinéa 2 du Code civil à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n°10, p. 200.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Fulchiron (Hugues), « Prescription des actions relatives à la filiation et droit au respect de la vie privée », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n°10, p. 47.

Il ne fait dès lors guère de doute que la possibilité de voir un juge français écarter *in concreto* l'application d'une règle régissant les actions relatives à la filiation existe.

231. **Résistance constatée des règles de contestation de la filiation** Cependant, cette possibilité ne semble pas se matérialiser d'une manière mettant en péril l'aptitude des règles édictées par le Code civil à régir les actions relatives à la filiation. En effet, si le contrôle de la proportionnalité de ces dispositions est largement pratiqué, il apparaît que celui-ci permet régulièrement aux magistrats de constater le caractère approprié de celles-ci, que les faits de l'espèce invoqués par la partie demanderesse ne parviennent pas à mettre en péril. Quelques années d'observation d'un contentieux relativement fourni permettent de constater que « *non, le contrôle de proportionnalité n'est pas source d'une instabilité juridique qui serait socialement "insupportable"* »¹, ou encore d'affirmer que « *le constat qui s'impose régulièrement en droit de la filiation, s'agissant en particulier des délais pour agir [est que] ces articles résistent bien* »².

Pour étayer ces constatations, l'observation des décisions de la Cour de cassation sur le sujet est éclairante, quoique monotone. En effet, pour autant que la Cour d'appel ait réalisé le contrôle de proportionnalité demandé par une partie, concluant presque toujours à l'applicabilité *in concreto* du délai de prescription imposé par le Code civil³, la Cour de cassation rejette le pourvoi critiquant le résultat de ce contrôle en réalisant un contrôle léger manifesté par les expressions « *la Cour d'appel a pu en déduire* » ou « *a pu décider* »⁴. À l'inverse, dès lors que le juge du fond omet de réaliser le contrôle sollicité par une partie, sa décision est cassée, la

¹ Fulchiron (Hugues), « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1980.

² Égéa (Vincent), « Un semestre de droit procédural de la famille (juillet 2020/décembre 2020) », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n° 4, Chronique 1.

³ Nous n'avons connaissance que d'une seule décision de cour d'appel concluant à la non-conventionnalité concrète d'un délai de prescription d'une action en établissement d'une filiation (Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, 21 novembre 2017). La Cour de cassation casse cette décision, relevant que « *l'atteinte au droit au respect de la vie privée de Mme X... que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné* » (Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 14 octobre 2020, n°19-15.783, note Douchy-Oudot (Mélina), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 499 ; Etienney de Sainte Marie (Anne), « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 2405 ; Galloux (Jean-Christophe), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 762 ; Hilt (Patrice), *Recueil Dalloz*, 2021, p. 657 ; Zelcevic-Duhamel (Ana), « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptives et biologiques », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 2437). La cassation a ici pour effet de défendre la loi nationale, et non de l'écarter au moyen d'un contrôle concret. Madame Etienney de Sainte Marie relève à propos de cet arrêt que « *la haute juridiction se contente d'énoncer les éléments mis en balance et en déduit laconiquement le caractère proportionné de l'atteinte* », renseignant peu les juges du fond et les observateurs sur la sélection des éléments pertinents du contrôle et son processus (Etienney de Sainte Marie (Anne), « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 2405).

⁴ Voir par exemple les arrêts suivants de la 1^{re} Chambre civile : 6 juillet 2016, n°15-19.853 ; 5 octobre 2016, n°15-25.507 ; 9 novembre 2016, n°15-25.068 ; 14 octobre 2020, n°19-12.373 ; ou 2 décembre 2020, n°19-20.279.

Cour de cassation pratiquant systématiquement un renvoi pour que le contrôle soit effectué par une Cour d'appel¹.

Tout indique qu'il en est de même dans un arrêt au sujet duquel il a pourtant été indiqué que la Cour « *utilise le contrôle de proportionnalité et met à l'écart l'article 321 pour casser une décision d'appel qui en avait fait application* »². Dans cette espèce, la Cour de cassation décide « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si, concrètement, dans l'affaire qui lui était soumise, la mise en œuvre de ces délais légaux de prescription n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre était ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés* »³, et renvoie les parties devant la même Cour d'appel autrement composée afin que le contrôle demandé soit pratiqué. La Cour de cassation ne réalise elle-même aucun contrôle concret, pas plus qu'elle ne neutralise en l'espèce l'application d'un texte de loi, se contentant seulement d'affirmer, comme dans les décisions précitées, que le contrôle doit être réalisé par le juge du fond dès lors qu'il est demandé par une partie. Autrement dit, elle ne casse pas la décision du juge du fond au motif que celui-ci aurait appliqué la règle prévue par le Code civil, mais pour défaut de base légale, motif de cassation fondée sur l'impossibilité de contrôler une décision n'ayant pas réalisé toutes les recherches demandées par le pourvoi⁴, qui réserve parfaitement à la Cour de renvoi la possibilité d'appliquer l'article du Code civil critiqué. C'est ce que relèvent les autres auteurs ayant commenté la décision⁵. Madame Leroyer indique par exemple que cet arrêt manifeste que « *la Cour de cassation exige des juges du fond que toutes les étapes du contrôle de proportionnalité effectué sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH soient respectées* »⁶. De la même manière, pour Madame Douchy-Oudot, la cassation est ici due au fait que « *les juges ne se sont*

¹ Voir par exemple 1^{re} Chambre civile, 10 juin 2015, n°14-20.790 ou 1^{re} Chambre civile, 6 février 2020, n°19-24.474.

² Gautier (Pierre-Yves), « La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 64.

³ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 21 novembre 2018, n° 17-21.095, Note Granet-Lambrechts (Frédérique), « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 663 ; Douchy-Oudot (Mélina), « Contentieux familial », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 505 ; Leroyer (Anne-Marie), « Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme », *Revue trimestrielle de Droit civil*, Dalloz, 2019, p. 87 ou Favier (Yann), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2019, n°8, p. 215.

⁴ Jobard-Bachelier (Marie-Noëlle), Bachelier (Xavier) et Buk Lament (Julie), *La technique de cassation*, Dalloz, 2018, p. 188-189.

⁵ Voir par exemple Granet-Lambrechts (Frédérique), « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 663 ; ou Douchy-Oudot (Mélina), « Contentieux familial », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 505.

⁶ Leroyer (Anne-Marie), « Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme », *Revue trimestrielle de Droit civil*, Dalloz, 2019, p. 87.

pas livrés au contrôle de proportionnalité que supposait l'invocation par les demandeurs des articles susvisés »¹.

232. **Portée de la résistance**

La Cour de cassation ne s'est éloignée d'un contrôle formel de la réalisation du contrôle demandé que pour sanctionner une Cour d'appel ayant écarté l'application du Code civil au terme d'un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, permettant aux textes concernés de montrer leur solidité. Pour autant, l'observation de la résistance des dispositions encadrant les actions relatives à la filiation au contrôle dit de proportionnalité ne doit nullement conduire les observateurs à affirmer que jamais un tel contrôle ne conduira à ce que l'application de la loi soit écartée dans une espèce. Une telle affirmation serait naïve et manifesterait une mauvaise compréhension du caractère factuel du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, à moins de considérer que le contrôle ici pratiqué ne soit « *essentiellement formel* »². Force est de constater, cependant, que chaque contrôle pratiqué par une juridiction qui, « *a seulement abouti – pour l'instant – à des cassations pour manque de base légale en droit de la filiation* »³, rend un petit peu plus improbable que le contrôle parvienne à un tel résultat, quoique cette observation ne puisse jamais le rendre impossible. La masse des décisions de la Cour de cassation validant des contrôles conduisant à l'application de la loi, de même que celle des décisions du fond parvenant au même résultat atteste en effet que la conformité des règles critiquées à la Convention européenne peut parfaitement être défendue. Chaque décision allant dans ce sens rend un peu plus improbable qu'une disproportion apparaisse, renforçant d'autant ces dispositions.

Si un débat devait s'ouvrir sur une réforme des règles de prescription applicables aux actions en matière de filiation, il ne fait guère de doute que la conformité du régime légal à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales serait un élément important du débat. À n'en pas douter, un argument plaidant en faveur du maintien de l'état actuel du droit, ou de l'adoption de dispositions ne s'en éloignant pas trop, serait que ce régime est éprouvé, ses effets ayant été validés *in casu* dans un grand nombre d'affaires aux faits différents. L'invocation d'un contrôle de conventionnalité abstrait ayant pareillement validé le texte serait beaucoup plus faible, puisqu'il pourrait être répliqué, sans

¹ Douchy-Oudot (Mélina), « Contrôle de proportionnalité et filiation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2019, n° 3, p. 41.

² Mauger-Vielpeau (Laurence), « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 207.

³ Égéa (Vincent), « Pour un droit processuel de la famille », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n°6, p. 6.

même critiquer la décision, que trop d'eau a coulé sous les ponts depuis cette unique réflexion. L'effet de renforcement de la loi que produit le contrôle concret semble bien à l'œuvre, venant faire prendre la mayonnaise en solidifiant un texte de qualité.

Paradoxalement, il semble que le contrôle de proportionnalité puisse également produire un certain effet de renforcement lorsque la qualité du texte critiqué peut être contestée.

Paragraphe II : Le sauvetage de la loi par la possibilité du contrôle

233. **La disproportion, affirmation de la compatibilité habituelle de la loi** Le fait de soumettre au contrôle concret des dispositions législatives a pour effet, lorsque ce contrôle débouche sur l'application du texte au cas d'espèce, de solidifier le texte remis en question. Il faut aller plus loin dans l'affirmation des effets bénéfiques du contrôle pour envisager l'hypothèse qu'il produise aussi un effet de renforcement de la loi lors du succès du moyen de disproportion, et de l'éviction de la loi dans l'espèce. Un tel effet est inconcevable avec le contrôle abstrait, qui fait tomber la loi, inappliquée, dans le « *domaine du droit négatif* »¹, rendant toute application subséquente inenvisageable. S'agissant du contrôle dit de proportionnalité, il est au contraire concevable, la neutralisation de la loi étant limitée à l'espèce où elle produit un résultat contraire à une norme supérieure, qu'elle permette indirectement à la loi de se maintenir dans l'ordonnement juridique. Le contrôle concret aurait pour effet de relever le seuil de l'incompatibilité abstraite (A), permettant à la loi de présenter le caractère de généralité nécessaire à sa qualité (B).

A : Le relèvement du seuil de l'incompatibilité abstraite

234. **Les effets du contrôle concret sur le contrôle abstrait** Concernant cette hypothèse d'une interaction entre le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes et le contrôle abstrait, il est intéressant de présenter sa mécanique (1) avant d'en rechercher un exemple vérifiant sa plausibilité (2).

1 : La mécanique du relèvement

235. **Le contrôle concret, disjoncteur de la loi** Pour comprendre la manière dont l'existence du contrôle concret, qui peut aboutir à évincer *in casu* la loi, peut mener à ce qu'une loi qui serait autrement considérée comme incompatible *in abstracto* ne le soit pas, il est éclairant de recourir à une analogie.

¹ Terré (François) et Molfessis (Nicolas), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2022 (14^e édition), n°572.

À l’instar d’un disjoncteur, le contrôle de proportionnalité fait sauter l’application de la loi au cas d’espèce lorsque celle-ci produirait des résultats dangereux, mais permet, en dehors de cette espèce, de continuer à appliquer la loi telle quelle. À l’inverse, le contrôle abstrait, comme le fusible, permet certes d’écarter le danger dans la situation problématique, mais au prix de la destruction de la loi, qui tombe dans les limbes de la hiérarchie des normes et devient inapplicable.

Or, il est raisonnable de penser que ces deux mécanismes aux conséquences plus ou moins vigoureuses sur la généralité de l’ordonnement juridique entretiennent des interactions mutuelles. L’existence d’un contrôle concret, en permettant de ne pas appliquer la loi à des situations s’écartant du *plerumque fit*, laisserait la loi s’appliquer aux situations qui se rapprochent des prévisions du législateur sans craindre que cela ne produise des effets trop indésirables dans les autres cas. Le contrôle concret aurait pour effet indirect de modifier l’appréciation du seuil d’incompatibilité dans le contrôle abstrait.

236. Exposé du mécanisme L’existence du contrôle concret peut changer la conception du contrôle abstrait par les organes chargés de l’exercer. En l’absence d’un contrôle de proportionnalité, celui qui doit apprécier une fois pour toutes la conformité de la loi sera logiquement porté à le faire en envisageant des situations extrêmes, en imaginant si la loi contrôlée pourrait donner lieu à des résultats indésirables forts dans des situations rares. Si de tels effets indésirables forts sont possibles, il lui apparaîtra que la non-application générale de la loi est le seul moyen de s’en prémunir, et d’en protéger les justiciables.

À l’inverse, si celui qui contrôle abstraitement la loi sait qu’un contrôle concret pourra par la suite être pratiqué, il sera porté à se demander si la loi qu’il contrôle convient au gros des situations qui se présenteront. Il sera libéré de la charge de pousser son raisonnement sur l’application de la loi dans ses retranchements, sachant que pour ces cas s’éloignant de la norme, le disjoncteur du contrôle de proportionnalité viendra protéger les justiciables.

Il est de ce fait envisageable que l’existence du contrôle de proportionnalité produise un effet de relèvement du seuil de l’incompatibilité abstraite, permettant à des lois dont l’auteur du contrôle abstrait peut craindre qu’elles produisent des effets indésirables dans de rares situations de s’appliquer à la quasi-totalité des situations, pour lesquelles elle est adaptée. La loi est sauvée par le contrôle concret, alors que, sans lui, le risque de survenance du cas exceptionnel aurait pu rendre intolérable son maintien.

Paradoxalement, la possibilité de l'éviction de la loi vient rendre possible son application, le contrôle concret permettant ici aux choix du législateur de s'appliquer de manière effective.

2 : L'observation du relèvement

237. **Craintes d'inconventionnalité** Un tel exemple de la faculté du contrôle de proportionnalité à relever le seuil du contrôle abstrait ne doit pas être cherché plus loin que dans la question qui a mené à sa bruyante introduction par la Cour de cassation, celle de la prohibition de l'inceste et de ses conséquences en matière matrimoniale. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le sujet était venu inquiéter les observateurs, condamnant le Royaume-Uni pour une disposition similaire aux prévisions du droit français dans ce domaine¹. Dans cette affaire la Cour avait utilisé l'article 12 de la Convention garantissant le droit au mariage pour sanctionner le refus de célébrer une union entre un beau-père et son ex-bru, y voyant une atteinte à la substance du droit conventionnellement garanti.

Le Code civil français prohibant pareillement une telle union, il y avait fort à craindre que l'autorité interprétative attachée à la décision de la Cour de Strasbourg menace ces dispositions. Les observateurs n'ont pas manqué de souligner ce risque, ce qu'une lecture des manuels de droit de la famille postérieurs à cet arrêt indique clairement. Malaurie et Monsieur Fulchiron pointent par exemple en 2011 qu'un « *un étrange arrêt de la Cour EDH est venu semer le trouble* »² dans cette législation prohibant l'inceste, ce que ne manque pas de relever également Monsieur Bénabent³. La fragilité redoutée de la prohibition de l'inceste était également soulignée par Messieurs Debove, Salomon et Janville, pour qui « *les juridictions françaises sont donc en droit d'écarter cet empêchement au mariage considéré par la Cour de Strasbourg comme une atteinte excessive au droit au mariage inscrit à l'article 12 de la CEDH* »⁴, tandis que, pour Madame Roy, « *il est clair que le droit français, qui ne prévoit aucune possibilité de dispense pour les cas de prohibition au mariage entre alliés en ligne directe lorsqu'un divorce a mis fin à cette alliance, encourt la même condamnation* »⁵. Les commentaires de la décision B et L contre Royaume-Uni expriment encore plus clairement leur crainte, concluant à la nécessité d'une évolution du droit français pour lui permettre d'échapper à une condamnation

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 13 septembre 2005, n°36536/02, affaire B. et L. c/ Royaume-Uni, Note Marguénaud (Jean-Pierre), « Vers la liberté du mariage entre alliées en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p. 735 ou Hauser (Jean), « Empêchements à mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p. 758.

² Malaurie (Philippe) et Fulchiron (Hugues), *Droit de la famille*, Lextenso, LGDJ, 2011 (4^e édition), n°217.

³ Bénabent (Alain), *Droit de la famille*, LGDJ, 2012 (2^e édition), n°155.

⁴ Debove (Frédéric), Salomon (Renaud) et Janville (Thomas), *Droit de la famille*, Vuibert, 2012 (8^e édition), p. 129.

⁵ Roy (Odile), *Droit de la famille*, Editions Archétype82, 2014, n°107.

de la Cour européenne. Hauser constate par exemple que « *la solution de l'arrêt pourrait bien concerner ce qui reste du droit interne français en la matière* »¹, tandis que Monsieur Marguénaud met en garde qu'avant « *qu'une affaire française ne se profile devant la Cour de Strasbourg, il faudra donc avoir le courage d'ouvrir le débat sur le maintien en droit français de l'interdiction de mariage entre alliés en ligne directe* »².

À ce moment, le droit français relatif à la prohibition de l'inceste en ligne directe, concernant les liens nés de l'alliance, apparaît clairement menacé, un fort assouplissement semblant inéluctable pour garantir la conformité du droit national avec les règles du Conseil de l'Europe. Ce n'est pourtant qu'à contrecœur que les auteurs précités semblent l'envisager, la compatibilité avec les engagements internationaux de la France étant bien souvent le seul argument invoqué, bien peu d'auteurs arguant de la trop grande sévérité des dispositions considérées. Apparaît le tableau d'un droit en sursis que pas grand monde ne souhaite pour autant voir évoluer, dans la peur d'un contrôle abstrait menant à la non-application générale de la loi, à sa disparition effective.

238. Survenance du contrôle concret Ce sombre tableau demeure jusqu'à ce que la Cour de cassation introduise le contrôle de proportionnalité sur cette question³. Si cette nouveauté a été critiquée, tant sur la méthode que sur le fond, laissant subsister les conséquences d'une union pourtant incestueuse, elle semble avoir mis fin aux craintes de disparition de la prohibition des unions incestueuses par alliance en ligne directe. Les décisions subséquentes⁴, si elles ne sont pas dépourvues de flou, viennent d'ailleurs souligner le caractère factuel et exceptionnel de l'arrêt de 2013, dont le constat de disproportion de la prohibition au terme d'un contrôle concret ne semble pas avoir été renouvelé par la suite.

Depuis lors, les voix faisant état de la nécessité de réformer les dispositions du Code civil relatives à l'inceste se sont tues, de même que celles craignant une censure abstraite de celles-

¹ Hauser (Jean), « Empêchements à mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p. 758.

² Marguénaud (Jean-Pierre), « Vers la liberté du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p. 735.

³ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Notes Bahurel (Charles), « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Defrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140, Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 153, Hauser (Jean), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du Code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88, Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

⁴ Voir notamment Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 décembre 2016, n° 15-27.201, Notes Douchy-Oudot (Mélina), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 470 ; Lemouland (Jean-Jacques), *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1082 ; Hauser (Jean), « Nullité de mariage : la proportionnalité proportionnelle et l'opposabilité aux tiers », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 102.

ci ou une condamnation de la Cour européenne¹. La possibilité du contrôle abstrait éloigne ces perspectives redoutées. En effet, si ces dispositions devaient être soumises à un contrôle abstrait, un élément important du débat en défaveur de leur censure serait à n'en pas douter le fait que tout justiciable qui risque de se les voir appliquer peut solliciter et obtenir un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, vérifiant que les textes ne conduisent pas à une situation dommageable une fois appliqué à sa situation.

L'arrêt de 2013 a permis de passer de la crainte d'une réforme vidant de sa substance la prohibition de l'inceste ou d'une censure de ces dispositions à la conscience que le contrôle concret peut aboutir, dans des situations exceptionnelles, à ce que cette prohibition soit évincée *in casu*, permettant à la loi de s'appliquer dans la plupart des cas.

La mécanique du relèvement du seuil de l'incompatibilité abstraite par la possibilité du contrôle concret apparaît clairement, permettant au contrôle concret de sauver une loi dont la censure était crainte, promouvant l'application des choix du législateur.

Tout indique que le même effet pourrait se rencontrer pour une loi récente ou non encore appliquée, la simple perspective de son contrôle concret étant une donnée que l'auteur du contrôle abstrait ne pourra que prendre en compte dans son raisonnement.

B : La possibilité de la généralité de la loi

239. **Le contrôle au service de la qualité de la loi** L'existence du contrôle concret de la hiérarchie des normes est à même de permettre à une loi qui serait autrement incompatible avec une norme supérieure de se maintenir dans l'ordonnement juridique, produisant l'effet voulu dans la quasi-totalité des cas où elle est appropriée. En relevant le seuil du contrôle abstrait, le contrôle de proportionnalité permet à des lois convenant au *plerumque fit* de s'appliquer, faisant prévaloir la solution voulue par le législateur, étant assuré, en cas de situation exceptionnelle, que l'application de la règle pourra être mise entre parenthèses *in casu*. Cela permet au législateur de concevoir des normes plus générales (2), ce qui est appréciable lorsque la tendance contemporaine de la loi à rentrer dans le détail montre ses limites (1).

¹ Les ouvrages de droit de la famille, mis à jour, manifestent la disparition de cette crainte permise par le contrôle concret. Par exemple, pour Monsieur Fulchiron, l'arrêt de 2013 a été rendu « *pour sauver l'article 161 du Code civil* ». Malaurie (Philippe) et Fulchiron (Hugues), *Droit de la famille*, Lextenso, LGDJ, 2023 (8^e édition), n°208. Monsieur Bénabent est moins catégorique, relevant que la portée de l'arrêt de 2013 est « *incertaine* », mais ne le présente pas moins directement à la suite de la décision de la Cour européenne, manifestant qu'il cherche à lui apporter une solution (Bénabent (Alain), *Droit de la famille*, LGDJ, 2022 (6^e édition), n°45).

240. **Inflation quantitative** Affirmer que l'époque contemporaine est marquée par un phénomène d'inflation législative ou de baisse de la qualité de la loi paraît délicat. En effet, il sera aisé de répliquer que ces problèmes étaient déjà dénoncés sous l'Ancien régime, et qu'il n'y a rien de nouveau sous le soleil¹. Montesquieu posait déjà que « *les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »², pointant les écueils tant d'une inflation du nombre de lois que de leur niveau de détail³. Il semble en effet que le phénomène connaisse deux dimensions, qui demeurent dénoncées comme touchant toujours la loi au temps présent, et affectant négativement sa qualité.

Le Professeur Théry remarque ainsi un « *développement mal contrôlé de la législation* »⁴ qui engendrerait des conflits renforçant paradoxalement le rôle du juge⁵. L'inflation législative quantitative entraînerait des conséquences directes sur la qualité et la majesté de la loi, réduisant son influence sur le réel en la diluant. Ce phénomène inflationniste semble en tout cas attesté à l'échelle des dernières décennies. Le Conseiller d'État Eoche-Duval, qui entreprend de quantifier le phénomène dans une étude fouillée, y voyant un « *symbole du mal français* »⁶ reconnu par les décideurs politiques⁷. De même, un ancien Premier ministre note que « *la norme (...) est par de nombreux aspects trop abondante, le nombre de textes adoptés chaque année et le nombre total de textes applicables simultanément étant incontestablement déraisonnables* »⁸.

241. **Inflation technique** L'inflation de la quantité des lois semble se doubler d'une augmentation de leur technicité, de leur complexité. Ici aussi, la sagesse des anciens mettait déjà en garde le législateur, Montesquieu affirmant encore que « *les lois ne doivent point être*

¹ Voir cependant le Vice-président Sauvé, qui affirme que « *la loi était brève, claire et riche. Elle est devenue bavarde, confuse et pauvre* ». Sauvé (Jean-Marc), « Restaurer la justice », *Commentaire*, 2022/4, n 180, p. 773.

² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777, p. 435.

³ Le Doyen Carbonnier ne dit pas autre chose quand il pose, filant la métaphore monétaire, que « *l'inflation a toujours cette conséquence que la surabondance des signes entraine leur dévaluation* ». Carbonnier (Jean), *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 157.

⁴ Théry (Philippe), « Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence », in Cadi t (Loïc) (*dir.*), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 173.

⁵ Pour un constat similaire et ses effets sur le juge administratif, voir Plessix (Benoît), « La justice administrative et l'esprit du siècle », *Commentaire*, 2022/3, n 179, p. 579 et s., spécialement p. 582.

⁶ Eoche-Duval (Christophe), « Un “mal français” : son “ -norme” production juridique ? », *Revue du droit public*, Lextenso, 2022, n 2, p. 421.

⁷ Voir aussi, sur l'appréhension de ce phénomène, Deumier (Pascale), « Mesurer l'inflation normative », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 611.

⁸ Cazeneuve (Bernard), « Rendre le droit plus clair, plus simple et aisément accessible à tous », *La semaine juridique Edition générale*, LexisNexis, 2021, Supplément au n 3 (« Changer de culture normative »), p. 11.

subtiles ; elles sont faites pour des gens de médiocre entendement »¹ ou encore que « *lorsque dans une loi les exceptions, limitations, modifications, ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre ; de pareils détails jettent dans de nouveaux détails* »². Il est aussi fréquemment relevé, à l'époque contemporaine, que l'inflation législative s'accompagne d'une baisse de qualité et d'une augmentation de la technicité des lois, mettant en péril leur accessibilité, voire leur applicabilité. Pour Monsieur Feldman, il est « *indéniable que les normes sont fréquemment mal rédigées* »³, l'auteur liant cette mauvaise rédaction avec ce qu'il qualifie de « *harcèlement textuel* »⁴. De manière convergente, s'exprimant sur de récentes additions au régime des indignités successorales, un commentateur regrette de manière plus générale une démarche législative qui opère des modifications « *sans avoir réexaminé l'ensemble des dispositions existant en ce domaine* »⁵, liant directement la complexification technique de la loi et sa baisse de qualité. Dans le même sens⁶, le Président du Conseil national d'évaluation des normes relève que « *nous observons une dégradation inquiétante et croissante de la loi et du droit en général* »⁷.

Parmi de nombreuses explications avancées à ce phénomène, le Conseil d'État invoque « *le poids accru du sommet de la hiérarchie des normes (normes constitutionnelles et conventionnelles) [qui] complique la tâche des auteurs des lois et règlements et le contenu de ces normes* »⁸. Des exigences de plus en plus importantes et nombreuses pèseraient en effet sur la loi afin que celle-ci se conforme à ces normes de valeur supérieure. Le sujet de l'inflation législative et de la baisse de qualité de la loi que cette complexification entraîne, le tout conduisant à une banalisation de la loi⁹, interagit ici avec celui du contrôle du respect de la

¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777, p. 432.

² *Ibidem*.

³ Feldman (Jean-Philippe), « L'inflation normative et la complexité du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2022, p. 1145.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Mirbail (Solange), « L'indignité successorale : de la cohérence à l'incohérence ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n°26, p. 17.

⁶ Pour un propos convergent tenu à la fin du siècle dernier, liant qualité de la loi et effectivité de celle-ci, voir Atias, pour qui « Les dispositions légales et réglementaires, devenues trop nombreuses pour être connues, trop techniques et trop mal rédigées pour emporter la conviction, sont de plus en plus mal appliquées » (Atias (Christian), « Les maux du droit et les mots pour le dire », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1997, p.231). De manière plus brève, le Doyen Cornu constate également « *la dégradation de la loi (trop de lois, trop peu de bonnes)* » (Cornu (Gérard), « La jurisprudence aujourd'hui », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1992, p.342).

⁷ Lambert (Alain), « Allocution d'ouverture », *La semaine juridique Edition générale*, LexisNexis, 2021, Supplément au n°3 (« Changer de culture normative »), p. 8.

⁸ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, Étude annuelle 2016, p. 15.

⁹ Le récent rapport des États-généraux de la justice relève que « la loi s'est en effet banalisée. Elle est devenue un instrument de gouvernement à courte vue qui ne s'impose plus en majesté et dans la durée. Elle ne doit plus son existence qu'au règlement de problèmes ponctuels et sans cesse changeants. Elle est donc amenée à varier en fonction de l'actualité quand ce n'est pas sous la pression de l'opinion publique » (*Rendre justice aux citoyens*, Rapport du comité des États généraux de la justice, Avril 2022, p. 10).

hiérarchie des normes. Au sujet de cette interaction, des éléments laissent à penser que le développement du contrôle concret serait à même de mitiger quelque peu ces effets adverses sur la qualité de la loi.

2 : Les bénéfiques de la spécialisation du contrôle de conformité

242. **Mécanisme** Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, en permettant de vérifier *in specie* que l'application de la loi ne produit pas un résultat contraire aux exigences d'une norme supérieure, laisse le législateur se prononcer pour le *plerumque fit* en sachant que les cas limites seront vérifiés par le juge. Le législateur ne doit dès lors plus rentrer dans le même niveau de détail pour s'assurer que son texte n'encourra pas dans quelque situation rare un grief d'inconventionnalité, étant donné que le juge, législateur des cas particuliers selon la formule attribuée à Ripert, sera en mesure d'éviter que la loi ne s'applique dans ces rares cas.

Le gisement de simplification dans la rédaction des lois nouvelles paraît ici important, pour peu que le législateur soit conscient des implications du contrôle de proportionnalité sur sa fonction et désire les embrasser.

De la même manière, il semble que le développement du contrôle de proportionnalité puisse aussi convaincre le législateur de ne pas modifier une loi dont la révélation de la non-conformité à une norme supérieure à l'occasion d'un contrôle abstrait aurait pu être crainte, comme l'exemple de l'inceste l'a illustré.

243. **Conséquences** Dans une certaine mesure, la possibilité même ainsi que le développement du contrôle de proportionnalité paraissent être un levier d'amélioration de la qualité d'une loi recentrée sur sa mission « *de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* »¹. Les lois de circonstances seraient moins utiles, puisque le juge pourrait réagir aux circonstances exceptionnelles se présentant à lui. De la même manière, les dispositifs légaux ne devraient plus prévoir autant d'exceptions et de spécificités complexes pour se conformer aux normes supérieures, puisque le juge disposerait du pouvoir d'intervenir efficacement dans les rares cas où les effets de la loi s'éloignent de ses objectifs. Cela permettrait de se rapprocher de l'idéal législatif de Rousseau, qui consistait en

¹ Portalis (Jean-Etienne-Marie), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1801, reproduit dans Ewald (François) (dir.), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p.35.

l'édiction de « *codes clairs, courts et précis* »¹. Il serait présomptueux de penser que le contrôle *in concreto* apporte la solution à des questionnements antérieurs à Montesquieu, mais il apparaît néanmoins que son développement est à même de produire certains effets positifs sur la qualité des lois.

244. **Conclusion du chapitre** Le contrôle de proportionnalité n'a pas pour seul effet de permettre la montée en effectivité des droits et libertés fondamentaux garantis à chacun des citoyens. Il agit encore pour défendre l'ordre juridique existant.

Il conduit d'abord à minorer l'influence du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, la concrétisation du contrôle réalisée par le juge français permet à ses décisions, appliquant la loi, d'être scrutées de manière plus distante par le juge de Strasbourg. Ce dernier garantit aux juridictions des États parties le respect de leurs spécificités méthodologiques pour autant que ceux-ci réalisent un contrôle véritablement concret des droits garantis par la convention, qui sont « *non pas théoriques et illusives, mais concrets et effectifs* »². La satisfaction de cette exigence permet au principe de subsidiarité de déployer son plein effet, restreignant l'ampleur du contrôle du juge européen. L'influence du juge français et de la loi qu'il applique semble de ce fait mieux garantie par une adoption d'un contrôle concret prenant en compte les techniques de réflexion et de rédaction développées au fil des siècles que par un rejet en bloc de cette exigence européenne de respect concret des droits de l'Homme.

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes produit encore des bénéfices en dehors du rapport entre les juridictions françaises et la Cour de Strasbourg. Il permet, en soumettant la loi à une observation sous toutes ses coutures, d'en renforcer les justifications en produisant une argumentation au soutien de son application. Ainsi éprouvée, la loi s'en trouve renforcée. Le contrôle concret, par ses interactions avec le contrôle abstrait, a également pour conséquence de relever le seuil de l'incompatibilité abstraite entre la loi et la norme supérieure, faisant prévaloir la solution voulue par le législateur. En effet, la possibilité du contrôle abstrait est à même de conduire son auteur à reconnaître la qualité d'une loi qui ne provoquerait un résultat aberrant que dans des cas exceptionnels, lesquels seraient à même d'être traités par le contrôle concret. Ce relèvement a pour conséquence de permettre de se satisfaire de lois à la

¹ Rousseau (Jean-Jacques), « Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée », in *Œuvres complètes*, Tome III, La Pléiade, 1964, p. 1001.

² Cour européenne des droits de l'Homme, 9 octobre 1979, n°6289/73, affaire Airey c/Irlande.

généralité renouvelée, celles-ci n'étant plus tenues de rentrer dans un trop haut niveau de détail, pouvant au contraire présenter la majesté qui doit leur appartenir de plein droit.

245. **Conclusion de titre** Le contrôle de proportionnalité, qui a pour objet de vérifier *in concreto* le respect de la hiérarchie des normes, remplit des fonctions différentes sur plusieurs plans.

Il répond d'abord à une aspiration fondamentale concernant l'effectivité des droits fondamentaux. Cette question de l'effectivité, qui anime particulièrement la réflexion sur le droit depuis les atrocités de la seconde guerre mondiale, s'intéresse aux effets sur le réel des droits. S'agissant des droits et libertés fondamentaux, elle implique qu'une simple proclamation qui guiderait un législateur de bonne volonté ne suffit pas. Un organe indépendant du législateur et de l'exécutif doit pouvoir vérifier que les actes de ces pouvoirs respectent les droits garantis à chacun. Il s'agit logiquement de l'autorité judiciaire, qui a vu, depuis la seconde moitié du siècle dernier, s'implanter solidement le contrôle de constitutionnalité, et le contrôle abstrait de conventionnalité devenir ubiquitaire. Ces mouvements parachevés, il apparaît que la nouvelle frontière du contrôle du respect de la hiérarchie des normes au service des droits fondamentaux est la concrétisation de ce contrôle. Elle implique que la conformité de la norme inférieure ne soit plus seulement vérifiée abstraitement, mais en prenant en considération l'espèce à laquelle elle s'applique, étant entendu que la norme peut être abstraitement conforme à celle qui la surplombe, mais produire dans des cas exceptionnels un résultat non conforme. Dans l'état actuel des choses, c'est le contrôle dit de proportionnalité qui permet cette effectivité concrète des droits fondamentaux.

Il répond ensuite à des problématiques d'apparence moins nobles, n'ayant pas trait de manière aussi directe à la défense des libertés individuelles. L'adoption du contrôle est en effet un puissant moyen de défense de l'ordre juridique. D'abord, il permet de limiter l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, faisant prévaloir plus souvent les solutions choisies par le législateur français. La Cour de Strasbourg, à laquelle les citoyens Français ont donné mission de garantir le respect des droits proclamés par la Convention, exige en effet pour cela qu'un contrôle *in concreto* soit réalisé, constatant l'insuffisance du contrôle abstrait. Quoiqu'elle laisse dans la réalisation de ce contrôle une large liberté méthodologique aux juges nationaux, elle ne peut baisser son niveau de surveillance de leurs décisions que si elle sait que les droits des justiciables sont effectivement garantis au moyen d'un contrôle *in casu* de la conformité de la décision aux droits garantis, faisant jouer le principe de subsidiarité et justifiant l'adoption en France d'une modalité de contrôle concret. C'est un effet particulièrement appréciable du contrôle que de concilier la défense des droits et libertés individuelles avec celle des solutions retenues par le législateur au moyen d'un rapatriement du contrôle, lorsque beaucoup regardent avec méfiance les textes et décisions issues de l'ordre du Conseil de

l'Europe comme un « *droit venu d'ailleurs* »¹.

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes présente également des bénéfices dans le seul ordre interne, permettant de promouvoir la cohérence globale du système. En effet, la simple pratique du contrôle, lorsqu'il ne conduit pas à l'éviction *in casu* de la loi critiquée, entraîne un renforcement de la loi en question. Cela est dû au fait que cette démarche conduit le juge à justifier de la conformité de la loi, produisant une argumentation qui la solidifie, éloignant le risque de sa non-conformité abstraite en maintenant toujours la possibilité de l'écarter *in casu* dans une situation exceptionnelle.

Le contrôle de proportionnalité est un outil structurant du système juridique, qui déploie une pluralité de fonctions toutes à même de justifier de son intérêt.

¹ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs, 2010, p. 44.

246. Conclusion de la partie

Le brouillard qui nimbait le contrôle de proportionnalité s'est peu à peu dissipé, le faisant apparaître au grand jour dans sa caractérisation et dans son utilité. Là où semblait s'esquisser une nouvelle déclinaison de la proportionnalité, mise en balance qui habite l'imaginaire des juristes depuis toujours, se dessine en réalité un objet d'étude plus fruste, mais pas moins noble par sa finalité.

Ce qui est couramment nommé contrôle de proportionnalité se définit bien mieux par son caractère concret que par sa proximité avec la notion de proportionnalité. Il est un outil de raisonnement permettant d'apprécier les règles de droit les unes par rapport aux autres non plus abstraitement, en les considérant de manière sèche et isolée, mais concrètement, en considération de la situation factuelle à laquelle elles s'appliquent. Le droit en revient aux faits de l'espèce, à la matérialité de la situation vécue par les parties à l'instance, considérations qui animaient les premiers juges et prudents avant que ceux-ci ne cherchent à exprimer leur art en système. Cette chute, qui éloigne le contrôle concret des sommets éthérés de la métaphysique ou de la philosophie, rapproche le droit de son objet premier : rendre à chacun son dû, c'est-à-dire s'intéresser aux rapports entre les individus pour qu'ils soient orientés dans une direction compatible avec la Justice, une vertu et non une institution.

Cette appréciation des règles les unes par rapport aux autres au prisme de la situation factuelle indique que le contrôle concret est un contrôle du respect de la hiérarchie des normes. Cette hiérarchie refuse le relativisme qui voudrait que tout ce qui constitue formellement une règle vaut toute autre règle. Elle assume que certaines règles posent des valeurs qui structurent la Cité en permettant le respect de la dignité de chacun, et que d'autres règles ne sont que des déclinaisons des premières visant pratiquement à en établir le régime, n'étant dignes de produire effet qu'autant qu'elles en respectent l'esprit.

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, servant les normes supérieures, est par conséquent un outil de garantie des droits et libertés fondamentaux des citoyens. Il permet de vérifier que l'application à une situation précise de règles fixant un régime ne va pas à l'encontre des règles supérieures. Il vise par là à rendre plus effectives ces règles fondamentales, permettant à la Justice de prévaloir dans des cas où, du fait de la spécificité des faits, l'application du régime prévu va à l'encontre de cet objectif.

Une fois envisagée cette utilité générale du contrôle, demeure la question de son appropriation par le juge français. Comment l'expliquer, et comment l'apprécier ? Concernant l'explication, qui nécessite de retracer l'histoire de l'adoption du contrôle dans le système national, la question paraît difficile à trancher. Si l'apport du droit issu du Conseil de l'Europe est indéniable, sa consistance au-delà du récit qui en est fait est question de point de vue plus que

de vérité. Il ne paraît pas y avoir de réponse unique à la question de savoir si la Cour européenne des droits de l'Homme a forcé le juge français à modifier sa technique. Surtout, la question semble perdre de son intérêt en constatant les bénéfices que la pratique du contrôle permet d'obtenir dans l'ordre interne. En plus d'offrir aux justiciables un nouveau moyen de faire prévaloir leurs droits et libertés, le contrôle permet aux juridictions françaises de faire pleinement jouer le principe de subsidiarité vis-à-vis du juge de Strasbourg, ce qui a pour effet de faire s'appliquer plus souvent et plus sûrement les solutions élaborées par le législateur. Il permet également, indirectement, de promouvoir une loi rendue plus solide et de meilleure qualité, préservée dans sa généralité.

Ces points éclaircis, il apparaît manifeste que le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes ne doit pas être rejeté en bloc. Le raisonnement à son sujet n'est cependant pas épuisé par cette position. En effet, si l'appréciation générale qui en est faite conduit à en renvoyer une image positive, il reste à s'intéresser au détail. Ce détail est constitué par la manière dont le contrôle s'insère dans le système existant. En effet, la quête de Justice qui anime le contrôle concret est déjà l'objectif vers lequel tend le système dans son entier. Il faut par conséquent que l'outil nouveau s'insère harmonieusement dans l'ensemble existant, pour concourir à la réalisation de son but, et non pour le déséquilibrer, prenant le risque d'entraîner des effets néfastes, tant il est vrai que l'enfer est parfois pavé de bonnes intentions. Il est nécessaire de prendre au sérieux les craintes que fait naître l'apparition du contrôle concret, qui portent notamment sur la prévisibilité des décisions de justice et sur le rôle du pouvoir judiciaire vis-à-vis des autres pouvoirs. La prise en compte de ces objections au contrôle permettra d'en apprécier le bien-fondé, et, lorsqu'il est avéré, de concevoir des aménagements permettant que le contrôle concret joue son rôle de défense des droits de l'Homme au cœur du procès.

Partie II : L'incidence du contrôle de proportionnalité

247. **Le contrôle concret : des effets à mettre en balance** Le contrôle de proportionnalité est une modalité particulière du contrôle du respect de la hiérarchie des normes, vérifiant la conformité du résultat produit par l'application d'une norme inférieure à une norme supérieure. La finalité première de cet outil est de veiller à l'effectivité des droits fondamentaux, la possibilité pour chaque justiciable d'en obtenir le bénéfice concret. Il permet encore de promouvoir la cohérence de l'ordre juridique, le protégeant dans une certaine mesure des influences périphériques et des forces internes à même de mettre sa solidité en péril.

Suffisamment a été dit jusqu'ici pour comprendre que le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes mérite, de prime abord, d'être regardé avec intérêt en raison des bénéfices qu'il fait miroiter. Il faut toutefois aller plus loin dans la réflexion avant de pouvoir se forger une opinion éclairée à son sujet, de poser un avis étayé sur son incorporation au système. Il est en effet concevable que ces bénéfices ne soient atteignables qu'au prix d'inconvénients majeurs, qui feraient douter de l'appréciation à porter sur le contrôle. Il faut de ce fait s'interroger sur la disruption que provoque l'apparition du contrôle concret dans le système où il s'insère, se questionner non seulement sur ses effets voulus, mais aussi sur ses effets secondaires permettant une prise en compte globale du nouvel outil. En somme, y compris lorsqu'il s'agit du contrôle de proportionnalité, la question peut être réduite à une mise en balance entre les bénéfices et les risques ou inconvénients.

248. **Majoration des effets : large applicabilité du contrôle** Au premier rang des craintes pouvant être occasionnées par l'apparition du contrôle, celle du développement large d'un outil qui viendrait s'implanter dans toutes les branches du droit. L'inquiétude est ici particulière, étant donné que ce domaine d'exercice du contrôle définira à lui seul l'ampleur du risque généré par les autres potentiels effets négatifs : là où le contrôle pourra être pratiqué, ils se rencontreront.

Au premier abord, tout laisse à penser que le contrôle prendra une grande importance en s'appliquant de manière très large. La définition de l'outil permet de voir qu'il a un large spectre, mobilisant des notions, telles que la hiérarchie des normes, qui concernent tout le système. De ce fait, il apparaît que les limites que les acteurs du système tenteraient de lui imposer volontairement seraient fragiles. Il en est ainsi des limitations tenant aux normes

supérieures utilisées pour réaliser le contrôle concret, outil pouvant techniquement être utilisé partout où une norme en surplombe une autre dans un rapport de conformité. Si le contrôle devait rester cantonné à la vérification de la conformité de l'application de certaines normes inférieures à certaines normes supérieures, ce serait plus en raison de la suffisance pour les justiciables des droits garantis par ces normes supérieures que par l'impossibilité d'utiliser l'outil avec d'autres normes.

Il en est de même des limites tenant à la substance des droits contrôlés, par lesquelles le juge décide d'exclure telle ou telle question du contrôle de proportionnalité. Ces exclusions ne parviennent pas à s'insérer dans la logique du contrôle, trop large pour pouvoir se voir refuser toute prétention à contrôler un domaine où les droits fondamentaux doivent pourtant s'appliquer avec effectivité, donnant lieu à une situation difficilement lisible. Surtout, elles apparaissent inutiles et dangereuses. Leur inutilité vient du fait que la technique du contrôle est suffisamment souple pour permettre la prise en compte des impératifs propres à chaque question, permettant d'ajuster le niveau de sensibilité de l'outil au point de rendre le succès du moyen très difficile, sans pour autant fermer la porte à l'existence d'une disproportion. Leur dangerosité se comprend en observant le risque qu'elles font peser : il n'est pas seulement de priver certaines branches du droit des bénéfices du contrôle, mais remet aussi en question les bénéfices obtenus là où le contrôle s'applique, faisant naître la possibilité d'une situation paradoxale où les inconvénients du contrôle se rencontrent, mais non ses bénéfices.

249. **Minoration des effets : impact restreint du contrôle**

La chose est d'autant

plus regrettable qu'il apparaît que le contrôle de proportionnalité est porteur de puissantes limites intrinsèques. En effet, dès lors que la loi ne présente pas un degré d'impérativité absolu, ce qui peut être dû à l'usage de standards, de notions molles ou d'alternatives, il devient à peu près inutile, n'apportant aucune plus-value à l'argumentation des parties. De plus, il n'est envisageable que lorsque le juge étatique est présent pour régler un différend, devenant hors de propos dès lors qu'un mode alternatif permet de n'y pas recourir.

Ces réflexions sur le champ d'exercice du contrôle permettent enfin de dissenter sur sa portée, analysant dans leur contexte les critiques les plus fondamentales, ce qui n'est possible qu'au moyen d'une bonne compréhension de l'outil.

À ce stade, l'utilisation des arguments préalablement établis permet de voir que le caractère factuel du contrôle vient limiter tant la fréquence que les effets du succès du moyen qu'est le contrôle de proportionnalité. En effet, ce caractère factuel s'oppose à la généralité de la loi, qui demeure l'outil premier apportant la solution du litige, et limite la portée des succès du contrôle,

qui n'a de conséquences réelles que pour l'affaire où il a été réalisé.

De même, l'encadrement technique du contrôle limite l'imprédictibilité de ses résultats, empêchant par là même le juge de l'utiliser pour juger en équité, permettant au contrôle de s'approcher de l'équité du jugement sans pour autant recourir au jugement en équité.

L'incidence du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes se déploie dans le domaine où il s'exerce (**Titre I**), terrain sur lequel se manifeste sa portée (**Titre II**).

Titre I : Domaine du contrôle

250. **Tracer les limites du contrôle concret** Le contrôle de proportionnalité, qui a pour fonction de vérifier concrètement que l'application d'une norme à une situation ne produit pas un résultat contraire à une norme de valeur supérieure, présente des effets bénéfiques. Constituant un outil d'effectivité des droits fondamentaux, il permet aux citoyens et justiciables d'obtenir que ceux-ci prévalent dans leur situation personnelle, faisant que les textes garantissant ces principes fondateurs ne sont plus cantonnés au domaine de la philosophie politique et de l'abstraction. De plus, permettant au juge français d'opérer un contrôle que réalise déjà le juge de l'Europe des droits de l'Homme, il permet à l'ordre juridique et législatif national de faire valoir ses arguments, sans que cette défense de la loi française ne se fasse au détriment des droits fondamentaux des citoyens, grâce à la marge nationale d'appréciation. Cependant, ces effets bénéfiques du contrôle ne doivent pas détourner l'observateur de la question du terrain de ce contrôle. En effet, l'objet étudié ne peut être pleinement cerné que si son étendue est au moins entrevue. Le contrôle de proportionnalité ne serait pas véritablement compris si des bornes n'étaient pas posées pour délimiter les domaines où il est susceptible de se déployer et de prospérer.

Pour répondre à cette question, deux narrations existent, lesquelles peuvent au premier abord sembler contradictoires. Il est d'abord possible de présenter le contrôle comme un outil d'une très grande généralité, susceptible d'être utilisé dans large variété d'hypothèses. Il est ensuite possible de le définir comme très spécifique, n'étant à même de provoquer des évolutions que dans un nombre limité de situations.

En réalité, les deux narrations sont inséparables, et n'en exposer qu'une seul reviendrait à biaiser volontairement le sujet pour présenter à dessein une vision maximaliste ou minimaliste du contrôle concret. La contradiction entre les deux présentations se dissipe bien vite en distinguant avec précision le sujet des deux propos, permettant de faire émerger une vision claire du terrain du contrôle de proportionnalité.

La distinction est la clef, car le premier récit, qui serait maximaliste s'il était présenté seul, s'intéresse aux possibilités du contrôle. Il cherche à poser quelles sont les conditions minimales de viabilité du contrôle, quels éléments doivent être réunis pour que celui-ci soit seulement envisageable. Bien vite, il apparaît que ces conditions sont peu exigeantes, et que les hypothèses où le contrôle dit de proportionnalité peut être conçu sont très larges.

Le second récit, qui, isolé, minimiserait l'impact du contrôle de proportionnalité, s'intéresse au contraire à l'opportunité du contrôle, à son utilité pratique. Il cherche à développer des outils permettant aux praticiens de distinguer dans quelles hypothèses faire l'effort d'échafauder un

contrôle est susceptible de leur procurer un bénéfice. Il apparaît en effet que, dans certains cas où rien n'empêche un contrôle de proportionnalité, celui-ci ne permet aucunement de modifier l'issue de l'instance.

Seule la combinaison de ces deux points de vue permet de comprendre que le terrain du contrôle se définit par deux cercles, l'un, très large, de ses possibilités, l'autre, entièrement contenu dans le premier et beaucoup plus restreint, de son utilité. Il en ressort que l'imposition volontaire de limites au contrôle ayant pour but de borner son usage est difficile à fonder rationnellement (**Chapitre I**), alors que le mécanisme du contrôle est générateur de limites fortes et indépassables quant à son utilité (**Chapitre II**).

Chapitre I : La fragilité des limites imposées

251. **Difficile imposition de limites** Le contrôle de proportionnalité, entendu comme contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, peut avoir un vaste domaine d'application. En effet, il ne se limite ni à certains niveaux de la hiérarchie des normes, ni à une substance limitée de droits énoncés, ni à des droits limités à certains domaines. Après avoir dit que le contrôle concret avait pour fonction de rendre effectifs les droits et libertés fondamentaux, il serait d'autant plus tentant d'en défendre une vision maximaliste, dans le but de garantir au mieux le respect des libertés individuelles de chacun.

De fait, au premier regard, les potentialités du contrôle de proportionnalité apparaissent pratiquement sans limites. Plus précisément, si les juridictions pratiquant le contrôle peuvent dire respecter des limites, il semble que celles-ci ne sont pas inhérentes à l'outil, mais tout à fait contingentes, à tel point que leur opportunité doit être questionnée.

Les limites quant au corpus de normes de contrôle apparaissent pratiquement inexistantes (**Section I**), tandis que les limites relatives à la matière contrôlée, qui sont découvertes par ceux qui exercent le contrôle, sont fondées sur une rationalité bancaire, peu à même de justifier ces exceptions non dénuées de risques (**Section II**).

Section I : Fragilité des limites quant au corpus de normes de contrôle

252. **Large utilisation dans la hiérarchie des normes** La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'Homme semblent offrir un large corpus de droits fondamentaux, suffisant à occuper l'imagination des plaideurs et la motivation des juges. De fait, l'adoption par la Cour de cassation du contrôle de proportionnalité gravite autour de ce corpus de droits garantis¹. La Convention européenne, pourtant, si elle a pris une place particulière dans le système juridique des États parties et est dotée d'un mécanisme de contrôle intégré, n'en demeure pas moins une convention internationale, appartenant à une longue liste de traités ratifiés par la France et énonçant des droits fondamentaux. Rien n'implique que l'outil qu'est le contrôle concret ne puisse être utilisé avec des conventions internationales autres que la Convention européenne (**Paragraphe I**). L'outil présente un tel caractère de généralité qu'il pourrait très bien servir pour des normes non issues de conventions internationales, telles que la constitution

¹ Le mémorandum émis par elle, première théorisation du contrôle concret par la Cour, vise explicitement le droit du Conseil de l'Europe (*Mémorandum du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018).

(**Paragraphe II**), les limites se dessinant dans cette hypothèse tenant plus à l'office du juge français qu'au contrôle concret lui-même.

Paragraphe I : Absence de limitation à la Convention européenne

253. **Utilisation avec les conventions internationales** La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme garantit un très large échantillon de droits fondamentaux. Si l'utilisation du contrôle de proportionnalité était limitée à ce corpus de droit, l'outil ne s'en trouverait que très peu entravé, couvrant déjà la plupart des activités et aspirations humaines (**A**). Rien n'empêche cependant le contrôle de proportionnalité d'être utilisé avec certaines autres conventions internationales (**B**).

A : Caractère faiblement limitatif de la Convention

254. **Extension de la Convention** Il n'est ni possible ni pertinent de réaliser ici un catalogue des droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il peut seulement être relevé, ce qui ne semble pas faire débat parmi les observateurs, que ce corpus de droits est extrêmement large, voire pratiquement exhaustif. Cela provient non seulement du texte et de la Convention et de ses protocoles, mais surtout du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui a su étirer le texte de la Convention pour recouvrir la plupart des aspects de la vie humaine d'une protection au moyen de droits fondamentaux. La Cour « *a su faire produire à la CEDH et à ses protocoles complémentaires des effets protecteurs des droits de l'Homme insoupçonnés à l'origine [et] saura en découvrir d'autres lorsque les données de nouvelles affaires s'y prêteront* »¹.

Par conséquent, pour un justiciable estimant ses droits fondamentaux lésés, il n'est pas difficile de construire son argumentation en se limitant aux droits garantis par la Convention européenne et son interprétation. C'est ce que relève Monsieur Dross, pour qui l'exigence opposée au justiciable qu'il habille « *sa cause des vêtements d'un droit fondamental* »² n'est « *guère difficile tant la Cour européenne des droits de l'homme les a taillés largement* »³. De même, pour Monsieur Puig, il est presque « *toujours possible de rattacher un intérêt privé à la défense d'un droit fondamental tel qu'interprété, avec amplification, par la Cour de Strasbourg* »⁴.

¹ Marguénaud (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016, p. 49.

² Dross (William), « Empiètements : la Cour de cassation maintient le cap », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 191.

³ *Ibidem*.

⁴ Puig (Pascal), « L'excès de proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 70.

Par conséquent, si l'utilisation par le juge français du contrôle concret de la hiérarchie des normes se limitait à contrôler que l'application des règles de droit interne donne lieu à un résultat conforme aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme, cela ne limiterait que peu les usages possibles de cet outil. Cependant, rien n'implique une telle limitation.

B : Importance d'autres conventions internationales

255. **Outil multisupport** S'il apparaît bien qu'un plaideur voulant argumenter sur le terrain des droits de l'Homme au moyen du contrôle de proportionnalité trouvera le plus souvent ce qui lui est nécessaire dans la Convention européenne, cette constatation ne constitue aucunement un argument pour limiter le spectre des droits invocables à ceux garantis par la Convention¹. Celle-ci « *n'est que l'un des griefs invocables* »² devant des juges internes qui « *répondent également aux griefs fondés sur la violation du droit de l'Union européenne et du droit international, que ce soit dans le cadre d'un contrôle abstrait et/ou dans le cadre d'un contrôle concret* »³. C'est ce que soutient Monsieur Fulchiron, pour qui « *l'arbre de la Convention européenne ne doit pas cacher la forêt des droits et libertés fondamentaux* »⁴. Pour l'auteur, le contrôle de proportionnalité doit pouvoir être utilisé non seulement avec les droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, mais aussi avec d'autres normes internationales garantissant des droits et libertés fondamentaux. En effet, au-delà du développement du contrôle autour des droits garantis par la Convention, sa technique n'est aucunement porteuse de limites restreignant son usage à ce texte⁵.

¹ C'est ce que semble affirmer la Première Présidente Arens, pour qui « *la règle en elle-même peut être en pleine conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ou un autre texte international mais son application pourrait emporter des conséquences qui porteraient dans le cas d'espèce une atteinte trop grande aux droits fondamentaux* » (Arens (Chantal), « Conclusion », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 128, nous soulignons).

² Bonnet (Julien) et Roblot-Troizier (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821.

³ *Ibidem*.

⁴ Fulchiron (Hugues), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 656.

⁵ Messieurs Dutheillet de Lamothe et Odinet, maîtres des requêtes au Conseil d'État, tirent la même conclusion de la lecture de l'arrêt dit Gonzalez-Gomez. Pour eux, « *le juge est appelé par la décision à faire ce contrôle pour toute disposition législative — ou, a fortiori, réglementaire — et au regard de tout engagement européen ou international de la France* » Dutheillet de Lamothe (Louis) et Odinet (Guillaume), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas?* », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 1398. Toujours en matière administrative, pour un point de vue convergent, Bonnet (Julien) et Roblot-Troizier (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821, pour qui « *il semble certain*

256. **Argumentation contraire** On pourrait insister sur le rôle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'adoption par le juge français du contrôle dit de proportionnalité pour soutenir le contraire. En effet, si la seule raison ayant poussé à cette adoption était de se conformer à l'exigence méthodologique de la Cour de Strasbourg afin de limiter les condamnations et de récupérer de la marge nationale d'appréciation, rien ne justifierait l'utilisation de la même technique s'agissant des autres traités internationaux garantissant des droits de l'Homme. Ceux-ci sont dépourvus de mécanismes de contrôle *ad hoc* à même de condamner les États partie, et n'ont bien souvent, pas même d'organe chargé de les interpréter pour indiquer de quelle manière ils doivent être respectés.

Une telle vision, cependant, serait étriquée, tant concernant le contrôle de proportionnalité que les droits fondamentaux. Elle revient à considérer ces derniers comme un risque pour l'ordre juridique national, et plus spécifiquement la loi, et non comme un outil de défense des libertés individuelles, même quand l'atteinte qu'elles subissent provient médiatement de la volonté de la majorité. Elle considère le contrôle de proportionnalité seulement comme un moyen de limiter ce risque, et non comme un outil visant à promouvoir l'effectivité des droits fondamentaux.

La conception du contrôle de proportionnalité comme un outil d'application au cas d'espèce des droits de l'Homme oblige au contraire à envisager l'utilisation de celui-ci au-delà des droits garantis par la Convention européenne, nonobstant le fait que c'est grâce à la jurisprudence attachée à cette convention que le contrôle est apparu en France. Il apparaît toutefois que cette utilisation avec d'autres conventions n'est pas chose aisée.

257. **Absence d'effet direct des traités** Si le contrôle concret de conformité est un outil à très large spectre, susceptible d'être utilisé dans tout contexte de hiérarchie des normes pour vérifier les effets de l'application d'une norme à une situation par rapport aux droits garantis par une norme supérieure, les caractéristiques des traités internationaux et de leur réception par l'ordre interne viennent limiter son empire. En effet, bien que la Constitution de 1958 assume son caractère moniste, donnant aux traités une autorité supérieure à celle des lois y compris postérieures dès lors qu'ils sont ratifiés et publiés¹, cette autorité supérieure du traité sur la loi ne signifie nullement que les citoyens peuvent se prévaloir du premier pour écarter la seconde. En effet, en simplifiant les choses, les traités ne sont pas autre chose que des contrats

que l'ensemble des normes internationales et européennes invocables en justice, en vertu des conditions posées par l'article 55 de la Constitution et de la jurisprudence, seront tôt ou tard éligibles au contrôle concret de la conventionnalité des lois ».

¹ Constitution du 4 octobre 1958, article 55.

entre les États, l'effet relatif des conventions s'opposant en principe à ce que des citoyens, qui ne sont pas partie à cet accord de volonté, puissent réclamer qu'il produise des effets à leur égard. Autrement dit, « *selon l'approche classique du droit international, les traités — et d'ailleurs le droit international lui-même dans son ensemble — n'intéressent que les relations interétatiques* »¹. Un traité oblige les États parties entre eux plus qu'il n'engage les États parties vis-à-vis de leurs citoyens, lesquels bénéficient des effets des traités de manière plus indirecte. Dans cette conception, les citoyens ne peuvent se prévaloir contre l'État des engagements pris par ce dernier au moyen d'un traité, ce qui exclut tout contrôle concret de conformité de l'application de la loi au traité.

258. Retour de l'effet direct Ce n'est que par exception, sous certaines conditions, qu'un traité peut être auto-exécutoire dans l'ordre interne, c'est-à-dire permettre aux citoyens d'exciper de ses dispositions², faisant directement naître des droits à leur profit pour les protéger contre l'état signataire. Pour cela, différentes conditions doivent être remplies. Subjectivement d'abord, l'intention des parties signataires du traité doit avoir été tournée vers un tel effet direct³. Objectivement ensuite, le contenu de la norme doit être d'une précision suffisante pour ne pas entraîner la nécessité de mesures de réception internes, formant une norme « *juridiquement et matériellement complète* »⁴, autrement dit, le traité doit parler comme la loi. Enfin, s'applique la condition de réciprocité, qui veut que les autres États signataires appliquent le traité pour que la France soit tenue d'en faire autant⁵. Cette dernière condition, cependant, convient mal au « *caractère objectif* »⁶ des droits de l'Homme, les traités garantissant des droits de l'Homme trouvant moins leur cause dans l'obligation réciproque consentie par les autres États parties que dans la volonté commune de faire progresser le niveau de protection des libertés individuelles. Pour cette raison, la condition de réciprocité ne trouve pas à s'appliquer pour les dispositions des traités relatives à « *la protection de la personne humaine* »⁷. Dès lors, l'effet direct des traités est largement cantonné aux traités relatifs aux droits de l'Homme⁸, ouvrant la porte à un contrôle concret du respect de la hiérarchie des

¹ Carreau (Dominique), « Traité international », *Répertoire de droit public*, Dalloz, n°111.

² *Ibidem*.

³ Dupuy (Pierre-Marie) et Kerbrat (Yann), *Droit international public*, Dalloz, 2022 (16^e édition), n°426.

⁴ *Ibidem*, n°427.

⁵ Constitution du 4 octobre 1958, article 55.

⁶ Sudre (Frédéric) et Surrel (Hélène), « Droits de l'homme », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°26.

⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, faite le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, article 60.

⁸ Carreau (Dominique), « Traité international », *Répertoire de droit public*, Dalloz, n°114.

normes les utilisant.

259. **Effet direct de la convention de New York** La Convention internationale des droits de l'enfant¹ présente un intérêt potentiel pour les plaideurs voulant voir réaliser un contrôle de proportionnalité en l'utilisant comme norme de valeur supérieure. Ce texte recèle des « *potentialités exploitables au gré de l'évolution des questions juridiques* »², déclinant avec un grand niveau de précision de nombreux droits fondamentaux à destination des mineurs.

Concernant l'effet direct de ce traité, après une série d'arrêts le niant³, la Cour de cassation a fini par énoncer qu'il se rencontrait concernant la Convention de New York⁴, au prix toutefois d'une analyse article par article du traité⁵. Les conditions de l'effet direct doivent en effet s'apprécier pour chaque disposition du traité (parfois même au sein de chaque article, où un membre de phrase peut produire un effet direct lorsqu'un autre ne vise que les États⁶), une appréciation en bloc de celui-ci étant trop généraliste et imprécise. Un tel effet direct a par exemple été reconnu⁷ à une disposition indiquant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toute décision le concernant⁸ ou à une autre posant que l'enfant a droit à un nom et une nationalité dès sa naissance⁹.

Tout indique qu'un contrôle de conventionnalité concret est parfaitement réalisable en se fondant sur les dispositions de la Convention de New York. Un tel cas de figure ne semble pas encore s'être présenté devant la Cour de cassation, mais un exemple d'un tel contrôle réalisé par une Cour d'appel apparaît.

¹ Adoptée à New York le 20 novembre 1989.

² Murat (Pierre), « CIDE : on aime ou on n'aime pas, mais on ne peut ignorer... », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2009, n°11, p. 10.

³ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 10 mars 1993, n°91-11.310 (Dekeuwer-Défossez (Françoise), « La convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'est pas directement applicable en droit interne », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1994, p. 34) et 4 janvier 1995, n°92-20.082.

⁴ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 18 mai 2005, n°02-20.613 (Remy-Corlay (Pauline), « Application directe de la convention de New York relative aux droits de l'enfant », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p. 750 ; Bureau (Dominique), « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, 2005, p. 679 ; Neirinck (Claire), « L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence », *Revue de droit sanitaire et social*, Dalloz, 2005, p. 814).

⁵ Monéger (Françoise), « Droits de l'enfant », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°33.

⁶ Gouttenoire (Adeline), Gris (Christophe), Martinez (Mickaël), Maumont (Bertrand) et Murat (Pierre), « CIDE — La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après Commentaire article par article », *Droit de la famille*, 2009, n°11, p. 13.

⁷ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 18 mai 2005, n°02-20.613 (arrêt précité).

⁸ Convention internationale des droits de l'enfant, article 3 paragraphe 1.

⁹ Convention internationale des droits de l'enfant, article 7 paragraphe 1, Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 7 avril 2006, n°05-11.285 et 05-11.286, Note Remy-Corlay (Pauline), *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2006, p. 273.

260. **Utilisation par une Cour d'appel** Dans cette affaire¹, une mère détentrice d'une carte de séjour temporaire conteste le refus opposé par la Caisse des allocations familiales à sa demande d'attribution de prestations sociales au bénéfice de ses enfants, demande faite alors qu'elle se trouvait en situation irrégulière. Parmi les arguments invoqués en appel de la décision de rejet émise par le Tribunal des affaires de la sécurité sociale, la mère fait valoir que les dispositions justifiant que les prestations sociales ne lui soient pas versées contreviendraient à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui garantit la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant. La Cour se livre à un contrôle abstrait des dispositions du Code de la sécurité sociale, concluant que celles-ci « *ménagent un juste équilibre entre la nécessité dans un état démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants et de réguler les flux migratoires d'une part, l'intérêt supérieur de l'enfant d'autre part* ». La décision ne s'arrête cependant pas à ce contrôle *in abstracto*, retenant « *qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, à l'intérêt supérieur de l'enfant devant être primordialement pris en considération dans les décisions concernant les enfants, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* ». Les dispositions législatives sont soumises à un contrôle de conventionnalité concret au moyen de l'article 3-1 de la Convention de New York, ce contrôle concluant que celles-ci « *ne portent pas en l'espèce, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour retient que si l'enfant avait subi des violences dans son pays d'origine qui empêchaient tout retour sur place, il bénéficierait en France d'une scolarisation et d'une prise en charge médicale, sa subsistance étant par ailleurs assurée par le Revenu de Solidarité Active majoré dont bénéficie sa mère, ainsi que par les allocations versées au bénéfice de ses autres enfants en situation régulière. Elle retient encore que la régularisation sur place de l'enfant n'est pas impossible « *même si cette procédure nécessite souvent le recours au juge administratif* »², ouvrant à terme droit aux prestations demandées. La Cour d'appel réalise ici un contrôle de conventionnalité concret dans la droite ligne de ceux réalisés et contrôlés par la Cour de cassation depuis 2013, la seule originalité de cet arrêt étant que le texte utilisé n'est pas issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme mais d'un autre traité international. Quoi que la possibilité de parvenir au

¹ Cour d'appel de de Rennes, Chambre 09 compétente en matière de sécurité sociale, 5 avril 2017, n° 15/06966.

² *Ibidem*.

même résultat en se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne puisse interroger, cette affaire n'en démontre pas moins la possibilité d'un tel contrôle.

Paragraphe II : Absence de limitation aux conventions internationales

261. **Contrôle hiérarchique** Concevoir le contrôle de proportionnalité comme un outil permettant de vérifier *in concreto* le respect de la hiérarchie des normes implique de n'en pas limiter l'usage potentiel à une unique convention internationale. Il est cependant possible d'aller plus loin, et d'imaginer quels usages l'outil pourrait trouver pour contrôler la conformité concrète d'autres normes de la hiérarchie entre elles. Se dessine un usage servant à vérifier la conformité à la loi (A) ou à la constitution (B).

A : Conformité à la loi

262. **Interprétation jurisprudentielle** Il serait imprudent, sans en débattre longuement¹, d'affirmer que la jurisprudence a une place dans la hiérarchie des normes. D'abord, celle-ci ne fait qu'appliquer la loi à des situations particulières, ne visant pas à créer une norme indépendante. Ensuite, celle-ci provenant d'une interprétation de la loi, elle s'y attache et s'y incorpore questionnant son existence comme source du droit pleinement autonome.

En revanche, il est exact, et même évident, de dire que la jurisprudence doit respecter la loi qu'elle interprète. Si le rapport qui existe entre loi et jurisprudence n'est pas celui qui existe entre deux normes, un certain rapport hiérarchique existe bel et bien entre elles, un rapport de conformité, puisque le jugement, support de la jurisprudence, voit sa conformité à la loi vérifiée². À cette évidence, il faut en ajouter une autre : il est des domaines où la loi se contente de fixer de grands principes, parfois inchangés depuis 1804, bien insuffisants pour décrire le droit applicable dans le quotidien du XXI^e siècle. La jurisprudence supplée alors à ces silences, et construit des régimes aux règles complexes et précises, rendant satisfaisante la survivance de lois anciennes qui seraient sans cela obsolètes. Par hypothèse, ces constructions jurisprudentielles sont conformes aux grandes lignes fixées par les lois sur lesquelles elles

¹ Ce constat qu'alors « *que les décisions de justice sont utilisées pour établir et conforter la hiérarchie des normes, elles ne sont jamais situées dans cette hiérarchie* » a été formulé par Monsieur Fardet, qui en souligne le paradoxe (Fardet (Christophe), « La place des décisions de justice dans la hiérarchie des normes », *Droits*, PUF, 2009, n°2, p.221). Voir encore, pour une présentation de la conception « *traditionnellement* » retenue, Madame Frison-Roche, qui formule que « *la source de la jurisprudence est liée [à la loi], l'acte de juger n'a pas de source propre, le juge est un agent qui sert la loi en la concrétisant, la jurisprudence n'est pas même normative, le terme de « pouvoir » ne lui est pas adéquat* » (Frison-Roche (Marie-Anne), « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p.310).

² C'est l'objet du pourvoi en cassation. Code de procédure civile, article 604.

s'appuient (s'il en était autrement, seul le législateur pourrait reprendre la main). Cependant, il est tout à fait concevable que ces ensembles jurisprudentiels conformes à la loi donnent lieu, dans des situations particulières, à des résultats aberrants, s'éloignant trop de l'esprit de justice contenu dans les dispositions légales générales.

La question de la conformité *in concreto* de l'interprétation jurisprudentielle à la loi peut donc se poser, en considérant un domaine où une jurisprudence établie complète une loi peu prolixe et voit son respect par les juges du fond vérifié par la Cour de cassation. L'hypothèse d'une construction jurisprudentielle visant à compléter une loi, qui donne de manière générale des résultats satisfaisants, mais conduisant le juge à prendre une décision inique qui contrevient aux objectifs de la loi dans une situation particulière, est posée.

263. **Conformité à l'interprétation**

Face à cela, différentes possibilités sont ouvertes. D'abord, au profit de la cohérence de la construction jurisprudentielle, la solution inique peut être acceptée comme un mal nécessaire. Ensuite, les juridictions du fond, possiblement suivies par la Cour de cassation, peuvent prendre un pas de côté par rapport à la jurisprudence établie pour rendre une solution satisfaisante, la jurisprudence étant dépourvue de toute force obligatoire au sens strict. Enfin, la Cour de cassation peut être à l'origine de ce pas de côté, et casser l'arrêt du juge du fond ayant pourtant respecté sa jurisprudence. Dans ces deux dernières hypothèses, une certaine confusion s'ensuivra, les observateurs se demandant quelle portée accorder à la solution, et comment l'intégrer à la cohérence générale du système. Bien souvent, cela donnera lieu à une complexification de ce dernier¹, visant à maintenir une apparence de cohérence en intégrant une solution au départ incompatible.

L'utilisation du contrôle de proportionnalité serait ici une solution élégante. Utilisé pour vérifier la conformité de l'application dans une situation concrète du régime jurisprudentiel à la loi qui en est le support, il permettrait au juge d'indiquer clairement que le caractère exceptionnel de la situation lui commande de questionner l'application de la jurisprudence dont il ne peut raisonnablement être attendu qu'elle prévienne toutes les situations. La solution rendue aurait une portée clairement limitée à l'espèce, et ne devrait dès lors pas s'intégrer à l'ensemble jurisprudentiel, au risque d'en réduire la lisibilité et la solidité. Cela permettrait au régime jurisprudentiel, qui s'appliquerait dans la quasi-totalité des cas ne présentant pas de caractère

¹ La complexification possible est d'autant plus grande que la Cour de cassation accueille désormais le pourvoi contre une décision d'une juridiction de renvoi visant à obtenir l'application d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation survenu postérieurement (Cour de cassation, Assemblée plénière, 2 avril 2021, n°19-18.814, Note Amrani-Mekki (Soraya), « Revirement sur l'application dans le temps des revirements », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2021, n°16, p.44 ; Deumier (Pascale), « La jurisprudence : petite histoire d'une grande évolution », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2021, p.607).

exceptionnel, de conserver une plus grande cohérence et simplicité, celui-ci étant grevé de moins d'exceptions. Cela présente aussi l'intérêt d'imaginer une situation où le contrôle de proportionnalité n'aurait pas pour objet la défense des droits et libertés fondamentaux, mais poursuivrait plus directement un certain objectif de Justice, servant la cohérence et la prévisibilité du système en évitant que la dérogation apportée à son application n'ait de conséquences en dehors de l'espèce.

264. **Exemple** Sans doute n'est-il pas de meilleur exemple qu'en matière de responsabilité civile. Les textes du Code civil sur le sujet, en effet, n'ont, en dehors de leur numérotation, pas bougé depuis plus de deux siècles. Ils ont été pensés pour une société d'un autre temps où la machine à vapeur n'avait pas été inventée, et où les travailleurs agricoles étaient plus nombreux que les salariés. C'est l'interprétation jurisprudentielle de ces textes qui a bâti les régimes de responsabilité qui nous protègent aujourd'hui, édictant parfois des règles très précises qui ne peuvent toujours correspondre aux situations concrètes exceptionnelles. Un exemple en matière de responsabilité des parents est possible¹. Depuis des arrêts de 1984², pour peu que les autres conditions soient remplies, un fait causal simple de l'enfant suffit pour générer la responsabilité des parents. Peu importe que celui-ci puisse être qualifié de faute ou non, ou que l'enfant ait ou non disposé du discernement. Ces solutions visent à permettre l'indemnisation de la personne ayant subi le dommage en simplifiant les conditions de déclenchement du régime, la qualification d'une faute étant particulièrement compliquée s'agissant d'enfants dont l'âge et le discernement pourraient faire considérablement varier l'appréciation selon la définition retenue et le juge chargé d'apprécier la chose. Pourtant, elle a pour conséquence qu'un mineur causant un dommage alors qu'il tenterait d'accomplir une bonne action entraînerait la responsabilité de ses parents, alors qu'un majeur causant le même dommage en réalisant la même action ne serait responsable que s'il commet une faute en tentant d'accomplir cette bonne action. Si cette jurisprudence a été critiquée³ dans sa globalité en ce qu'elle perçoit l'enfant comme un risque dont les parents doivent répondre, la situation particulière évoquée pourrait donner lieu à un contrôle de proportionnalité pour écarter exceptionnellement la responsabilité des parents, sans modifier le régime, prenant en compte le discernement réduit des enfants mais ne sanctionnant pas les parents d'enfants au discernement

¹ Code civil, article 1242, alinéa 4.

² Cour de cassation, assemblée plénière, 9 mai 1984, n°s 79-16.612 et 80-93.031.

³ Par exemple Terré (François) *et al.*, *Les obligations*, Dalloz, 2022 (13^e édition), n°1050, Jourdain (Thomas), *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 2021, p. 112-113 ou encore Mekki (Mustapha), « Le juge et le droit de la responsabilité civile, Propos introductifs », *Revue des contrats*, Lextenso, 2017, n°4, p. 112.

suffisant.

Parallèlement, la compatibilité concrète de l'application de la jurisprudence à une situation factuelle peut bien sûr être vérifiée directement vis-à-vis d'une convention internationale telle la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la loi ne faisant pas écran. D'une certaine manière, c'est même ce qui est fait systématiquement, puisque la loi appliquée au fait n'est autre que l'interprétation jurisprudentielle de la loi, le contrôle de proportionnalité de la loi sans prise en compte de son application n'étant pas un contrôle concret. Le caractère concret du contrôle implique nécessairement qu'il prenne en compte la jurisprudence.

B : Conformité à la constitution

265. **Intérêt futur ou réalité présente ?** L'hypothèse d'un contrôle de conformité concret utilisant le contrôle dit de proportionnalité pour vérifier que l'application de la loi à une situation donnée ne produit pas un résultat contraire à un droit ou une liberté garantis par la constitution est plus facilement imaginable. La raison en est qu'elle se distingue techniquement peu de l'utilisation du contrôle qui se rencontre jusqu'à présent, le contrôle concret de conventionnalité. Le Bloc de constitutionnalité, en effet, énonce des droits et libertés qui ne diffèrent guère, dans leur forme, de ceux garantis par certains traités internationaux tels la Convention européenne. La loi, par ailleurs, doit être conforme à la Constitution, de la même manière qu'elle doit être conforme aux conventions internationales, peu important ici de savoir précisément quels sont le sens et la consistance du rapport de conformité unissant les traités et la Constitution.

La technique du contrôle de proportionnalité se prête parfaitement, sans adaptations particulières, à un contrôle concret de constitutionnalité. Les obstacles sont plutôt à chercher ailleurs. D'abord, le contrôle de constitutionnalité, en France, n'est pas pratiqué par les juges judiciaires et administratifs, mais seulement par le Conseil constitutionnel, institué à cette fin. Un juge ne pourrait pas commencer à réaliser un contrôle concret de constitutionnalité avec la même facilité qu'il a concrétisé son contrôle de conventionnalité. Ensuite, tant que le contrôle de conventionnalité demeure, et que la France reste engagée par des conventions internationales garantissant largement les droits fondamentaux de ses citoyens, l'intérêt d'un contrôle concret de constitutionnalité interroge. Il faudrait en effet, pour que la défense des droits fondamentaux bénéficie de la concrétisation du contrôle de constitutionnalité, que soient identifiés des droits garantis dans le bloc de constitutionnalité sans l'être dans les conventions internationales, et que le contrôle *in concreto* soit approprié à leur défense. À ce titre, il semble que les droits

créance, dont certains semblent garantis par le bloc de constitutionnalité et non par les engagements internationaux de la France¹, soient à exclure. Le contrôle concret, en effet, permet de paralyser *in casu* la norme s'ingérant dans un droit garanti en provoquant un résultat indésirable, mais non d'obtenir de la sphère étatique une action positive. Plus intéressante est la vigueur nouvelle donnée par le Conseil constitutionnel à la notion de génération future présente dans le préambule de la Charte de l'environnement². Il est imaginable, *mutatis mutandis*, de contrôler que l'application d'une norme (de construction, encadrant une expérimentation scientifique...) ne génère pas concrètement un risque intolérable de mise en péril de l'environnement laissé aux générations futures.

Par ailleurs, il est possible de se demander si le juge judiciaire n'utilise pas d'ores et déjà une méthode proche du contrôle concret pour jouer son rôle de filtre dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, lorsqu'il s'agit d'évaluer si une question prioritaire de constitutionnalité doit être transmise par le juge du fond à la Cour de cassation, et par cette dernière au Conseil constitutionnel, ces juges judiciaires doivent vérifier le caractère sérieux de la question³. Ce caractère sérieux, sous une dénomination relativement floue, peut parfaitement signifier qu'il ne doit pas être manifeste que la disposition en cause est constitutionnelle. Un tel air de famille avec le contrôle de proportionnalité s'observe par exemple dans une affaire où la Cour de cassation⁴ doit statuer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de l'obligation alimentaire à la charge des parents et au bénéfice de leurs enfants, y compris majeurs. Après avoir constaté que le texte était applicable au litige, la Cour constate l'absence de *fumus bonis juris* de la question en relevant que l'obligation est bornée par de nombreuses conditions et que sa non-exécution est faiblement punie. Il apparaît ici que l'ingérence dans les droits invoqués par le demandeur ne dépasse pas les limites de l'acceptable, ce qui signifie que l'atteinte aux droits invoqués est proportionnée.

¹ L'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 garantit par exemple « *les loisirs* ».

² Conseil constitutionnel, 12 août 2022, n°2022.843DC. Cette décision retient de manière inédite que « *la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation et que les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins* » (considérant 12, voir aussi considérant 22), mobilisant le préambule de la Charte de l'environnement qui dispose « *qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins* ».

³ L'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 indique que, pour être transmise par le juge du fond à la Cour de cassation, la question ne doit pas être « *dépourvue de caractère sérieux* » (article 23-2), puis, pour être transmise au Conseil constitutionnel, présenter un caractère sérieux (article 23-5).

⁴ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 18 septembre 2019, n°19-40.022, note Rieubernet (Christelle), « L'obligation parentale d'entretien de l'enfant majeur, objet d'une question prioritaire de constitutionnalité », *Les petites affiches*, Lextenso, 2020, n° 23, p. 13.

Section II : Fragilité des limites quant au contenu des normes de contrôle

266. **Large utilisation au sein des droits fondamentaux** Le contrôle de proportionnalité étant peu limité par les normes supérieures utilisées, il est tentant de lui chercher des frontières non quant au corpus de normes, mais quant à la matière contrôlée. Il est en effet parfaitement concevable que cet outil ne corresponde pas à certains contentieux, y étant inutile, voire inapproprié. Ce pourrait d'abord être le cas de matières où les droits fondamentaux, dont l'effectivité est la finalité du contrôle, sont absents. C'est ce que pointe le Président Chauvin, pour qui « *bien évidemment, les droits fondamentaux ne sont pas en cause dans tous les litiges, de sorte que le contrôle de proportionnalité ne peut innover tous les domaines du droit* »¹. Cependant, il serait bien ardu de se risquer à esquisser une énumération des domaines qui seraient vierges de l'influence des droits fondamentaux, le constat fait de leur ubiquité², laissant penser que « *peu de champs des activités humaines encadrées par des lois devraient échapper au principe de proportionnalité* »³. Monsieur Chauvin parle d'ailleurs lui-même de « *vocation presque naturelle à se développer* »⁴ du contrôle de proportionnalité⁵. Une telle approche ne semble pas retenue par la jurisprudence lorsqu'il s'agit de cantonner le contrôle de proportionnalité. Bien au contraire, ce sont les droits fondamentaux eux-mêmes qui sont invoqués pour justifier ses limitations. L'édifice construit semble cependant d'une solidité toute relative, les limitations posées étant peu claires (**Paragraphe I**), et leur justification tout à fait critiquable (**Paragraphe II**).

¹ Chauvin (Pascal), « Le contrôle de proportionnalité » in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans Les cahiers de Droit et Procédure, Association droit et procédure p. 20 et s. De même, l'affirmation selon laquelle « *les contacts entre droit civil et droits fondamentaux ne sont pas si fréquents que cela* » semble accuser son âge (Debet (Anne), « Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 953).

² Monsieur Jestaz relève « *qu'il n'est pas jusqu'au plus minuscule article de loi ou de règlement, sans parler de nos pratiques, dont il ne faille se demander, avant de l'appliquer, s'il est ou non conforme à la Convention européenne* ». Jestaz (Philippe), « Droit commun et droit spécial », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2023, p. 837.

³ Saumon (Olivier), « Le principe de proportionnalité est-il un art du compromis ? » in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans Les cahiers de Droit et Procédure, Association droit et procédure p. 27 et s.

⁴ Chauvin (Pascal), « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°43, p. 10.

⁵ Monsieur Théry se pose la même question, relevant « *une incertitude sur le domaine d'application de la méthode : les affaires dans lesquelles les droits fondamentaux sont en cause — proposition (de départ ?) de M. Louvel — ou n'importe quel contentieux, selon le vœu de MM. Jestaz, Marguénaud et Jamin —* » (Théry (Philippe), « Propos conclusifs », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°16, 2018, p. 98). Sans doute la différence entre les deux propositions est-elle fine comme du papier à cigarette.

Paragraphe I : Faible lisibilité des limites

267. **Flou des limites posées par le juge** Les matières dans lesquelles le juge émet un refus plus ou moins affirmé du contrôle de proportionnalité sont très rares. Le droit processuel est d'abord cité par le Président Chauvin comme l'une de ces matières « *imperméables au contrôle de proportionnalité* »¹. Si la chose peut être critiquée, elle semble bien établie dans la jurisprudence, qui pratique un contrôle abstrait, et acceptée largement par les auteurs. Il n'en va pas de même lorsque le droit de propriété est en question, le refus du contrôle y étant exprimé de manière plus fluctuante. Ces deux exemples topiques se transposent à d'autres contentieux, permettant d'envisager une sorte de typologie des limites posées par le juge au contrôle de proportionnalité.

Avant de s'intéresser à la faiblesse de leurs justifications, il convient de s'intéresser au refus affirmé du contrôle concret (A), ainsi qu'aux domaines où le contrôle n'est pas effectif, en dépit des apparences (B).

A : Le refus du contrôle concret

268. **Le refus assumé** Il est des domaines où la Cour de cassation n'hésite pas à affirmer que le contrôle concret de la hiérarchie des normes n'a pas sa place. Pour plus de clarté, sera d'abord envisagé le principe de cette exclusion (1), suivi de son domaine (2), lequel sera illustré par des exemples.

1 : L'exclusion de la concrétisation

269. **Principe** En matière processuelle, le principe d'un refus du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est posé jusqu'à présent avec clarté. La chose est exprimée sans ambages par les communications issues de la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation, chargée de ces questions. Il est noté que la Chambre « *soumet, s'il y a lieu, les normes de procédure à une vérification de conventionalité comportant un contrôle de proportionnalité in abstracto, à l'exclusion, toutefois, d'un contrôle in concreto* »². De même, il est posé que « *le*

¹ Chauvin (Pascal), *ibidem*.

² Pireyre (Bruno), *et al.*, *Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation*, publiée en annexe au Rapport 2020 du Groupe de travail sur le contrôle de conventionalité, p. 15 et s. Tout indique que cette note représente toujours la position de la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation à l'été 2023. En effet, le Recueil annuel des études 2023 (p.33 et s.) la reprend *in extenso*, sans modification, sinon pour mentionner la jurisprudence récente. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme relatives au contrôle du caractère excessif du formalisme sont mentionnées pour conclure que, si ce contrôle se rapproche d'un contrôle *in concreto*, l'appréciation réalisée présente « *pour*

contrôle de proportionnalité opéré par la deuxième chambre civile est, par principe, un contrôle in abstracto »¹. Ce caractère abstrait du contrôle est également reconnu par les observateurs, Madame Fricero retenant par exemple que « *la volonté d'assurer la sécurité juridique amène la Cour de cassation à opérer un contrôle in abstracto de proportionnalité en procédure civile* »².

270. Signification Si la 2^e Chambre civile nomme le contrôle qu'elle effectue pour vérifier la conventionnalité des règles de procédure contrôle de proportionnalité abstrait, il ne faut pas se laisser abuser par cette proximité de désignation avec l'objet de cette étude. Le contrôle de proportionnalité *in abstracto* utilisé pour les règles de procédure, en effet, s'apparente à un contrôle de la substance du droit tel qu'il est pratiqué par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celui-ci vise à vérifier que la règle contrôlée porte au droit garanti par la norme supérieure une atteinte justifiée par le bénéfice poursuivi. La chose n'est pas éloignée d'une mise en balance, le juge étant appelé à vérifier que l'atteinte causée au droit fondamental est contrebalancée par le bénéfice poursuivi par l'auteur de la règle, une règle plus attentatoire pouvant être conforme si elle permet de poursuivre un plus grand bien.

271. Différence du contrôle pratiqué avec le contrôle concret Cette mise en balance se substitue au caractère concret du contrôle pratiqué dans d'autres situations également désignées comme un contrôle de proportionnalité. Ici, en effet, le contrôle se déroule sans que les faits de l'espèce ne soient pris en compte, ceux-ci étant hors de propos et inaptés à influencer sur la décision de conformité ou de non-conformité. Par conséquent, le résultat du contrôle est beaucoup plus reproductible, étant entendu que ses données sont les mêmes à chaque réalisation. Il n'a de ce fait pas vocation à être répété dans de nombreuses affaires aux faits légèrement différents, étant voué à donner un résultat identique si les circonstances générales ne changent pas.

Le contrôle dit de proportionnalité abstrait s'éloigne en cela peu du contrôle de conventionnalité classique, contrairement à celui désigné comme le contrôle de proportionnalité concret,

l'essentiel, un caractère objectif en tant qu'elle participe de standards favorisant et privilégiant un raisonnement in abstracto » (p. 40).

Un changement est cependant possible, la 2^e Chambre civile ayant, depuis la rentrée 2023, un nouveau Président à sa tête. S'il est indiqué que la position de la Chambre dépend de ses conseillers et de leurs délibérés, la Présidente Martinel entend mener une « *réflexion collective de la Chambre sur la doctrine du contrôle de conventionnalité* », ouvrant la porte à une convergence avec les autres chambres de la Cour.

¹ Martinel (Agnès), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 60 et s.

² Fricero (Natalie), « Procédure civile », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 543.

illustrant encore une fois que le mot proportionnalité n'est pas en lui-même porteur d'un sens précis.

272. Caractère moins sensible de ce contrôle Un tel contrôle est beaucoup moins sensible que le contrôle concret, car il suppose, pour donner lieu à un constat de disproportion, c'est-à-dire d'inconventionnalité, que la règle de procédure réalise de manière générale une atteinte intolérable à un droit garanti, supposant une grave erreur d'appréciation du pouvoir réglementaire ou du législateur. Madame Fricero note que le constat de conformité est le plus souvent atteint, dans la mesure où les règles contrôlées « *poursuivent le but légitime d'une bonne administration de la justice et où elles sont prévisibles et compréhensibles par la partie représentée par un avocat, professionnel avisé* »¹.

Il serait toutefois inexact de soutenir qu'un tel contrôle n'est qu'une apparence, car il invite le juge à analyser la règle appliquée en la mettant en perspective avec les droits fondamentaux au sein du procès, permettant de priver d'effet les dispositions portant en elles-mêmes atteinte à ces droits. De fait, pour Madame Amrani-Mekki, « *la Cour de cassation remplit ici parfaitement et pleinement son office en opérant un contrôle de proportionnalité* »² permettant l'expression du « *petit supplément d'âme* »³ de l'institution judiciaire. Un tel petit supplément permet sans doute déjà d'aller loin dans la défense des droits de l'Homme au sein du procès. Il permet en tout cas au juge d'appliquer « *avec sagesse les textes, en s'assurant de leurs strictes nécessité, adéquation et proportionnalité* »⁴.

2 : Le domaine de l'exclusion

273. Droit processuel Avant de pouvoir émettre une appréciation à ce sujet, il est nécessaire de voir en quoi consiste concrètement ce contrôle abstrait portant sur la conventionnalité des règles de procédure.

Dans sa forme la plus simple, le contrôle de proportionnalité abstrait pratiqué par la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation analyse le but poursuivi par une règle de procédure par rapport à l'atteinte qu'elle porte au droit au procès équitable, garanti notamment par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

¹ *Ibidem.*

² Amrani-Mekki (Soraya), « Un peu de douceur dans ce monde procédural abrupt », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2021, n°27, p. 40.

³ *Ibidem.*

⁴ Amrani-Mekki (Soraya), « La procédure civile réécrite sous contraintes sanitaires ; À propos de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2020, n°16, p. 63.

S'agissant par exemple de la péremption de l'instance, qui sanctionne le défaut de diligences¹, dont l'application était contestée dans le cadre d'une mise en état, la Cour considère que cette «*péremption de l'instance, qui tire les conséquences de l'absence de diligences des parties en vue de voir aboutir le jugement de l'affaire et poursuit un but légitime de bonne administration de la justice et de sécurité juridique afin que l'instance s'achève dans un délai raisonnable, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable*»². Le but légitime poursuivi par la règle justifie l'atteinte qu'elle porte au droit garanti, étant donné que cette atteinte est proportionnée au but poursuivi. Après cette constatation, la Cour de cassation vérifie que la sanction était bien applicable en l'espèce, raisonnant en cela sur les seules conditions d'applicabilité de la règle dont la conventionnalité a été constatée, sans réaliser un contrôle de la conventionnalité de son application à l'espèce, à la différence d'un contrôle concret. Par ailleurs, il est à noter que, pour mener ce contrôle, il suffit à la Cour de cassation de considérer la règle applicable et la règle fondamentale, garantissant le droit à un procès équitable, à l'exclusion des faits de l'espèce, qui ne sont mobilisés que pour vérifier l'applicabilité de la règle au moyen d'un raisonnement syllogistique.

274. **Prise en compte du contexte mais non des faits** Ce contrôle de proportionnalité abstrait, cependant, n'est nullement condamné à ignorer le contexte de l'application de la règle de droit, du moment que la prise en compte de ce contexte demeure abstraite. Le juge peut en effet utiliser dans son contrôle l'écosystème général mis en place par le Code de procédure civile, mais non son acclimatation à une espèce particulière. Cette appréciation du contexte, bien souvent, se fera par la constatation que la représentation par un avocat est obligatoire dans la procédure considérée. Cette considération semble en effet justifier que des règles de procédures plus complexes s'appliquent, étant donné que le justiciable est accompagné par un professionnel du droit astreint à une obligation de compétence et responsable en cas de problème, alors que la même règle porterait une atteinte disproportionnée

¹ Code de procédure civile, article 386 et s.

² Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 16 décembre 2016, n°15-27.917, Note Piwnica (Emmanuel), « La proportionnalité de la péremption », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n°17, p. 64 ; Bléry (Corinne), « Encombrement du rôle des cours d'appel : attention au risque de péremption ! », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 141 ; Cholet (Didier), « Péremption d'instance en appel : les diligences des parties doivent pallier la carence de l'institution judiciaire », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 5, p. 186 ; Deharo (Gaëlle), « Péremption d'instance et fixation de la date des débats », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 1, p. 15 ; Fricero (Natalie), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 422 ; de Leiris (Edouard), Palle (Nathalie), Hénon (Guerric), Touati (Nina) et Becuwe (Olivier), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 605 et Jeuland (Emmanuel), Amrani-Mekki (Soraya), Libchaber (Rémy) et Mayer (Lucie), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 21, p. 995.

au droit au procès équitable du justiciable s'il devait s'y conformer sans aide¹. Un tel raisonnement a par exemple été mené pour contrôler la conformité d'une règle posant un délai de seulement quinze jours pour réaliser une requête en déféré durant la mise en état devant la Cour d'appel². Après avoir retenu que la disposition poursuivait un but légitime, la célérité de la procédure, la 2^e Chambre civile a considéré que « *l'irrecevabilité frappant le déféré formé au-delà de ce délai ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, dès lors que les parties sont tenues de constituer un avocat, professionnel avisé* »³. Si une appréciation globale du contexte procédural est ici réalisée pour vérifier la conformité de la règle critiquée, il ne s'agit pas d'une appréciation concrète.

Cette prise en compte du contexte peut également se manifester par un regard prospectif du juge sur la suite de la procédure. Il observera si, après l'application de la règle critiquée, la partie ayant subi une ingérence dans son droit à un procès équitable bénéficiera d'opportunités de se voir rétablie dans ce droit, de sorte que l'atteinte subie sera sans conséquence sur la globalité de la procédure. Cela suppose à la fois que l'atteinte initiale ne dépasse pas une certaine intensité, qu'elle ne porte pas atteinte à la capacité de la partie à se défendre (par exemple en affectant l'impartialité des juges), et que la possibilité de la rattraper présente une promptitude et une qualité suffisantes. Un tel raisonnement a été conduit s'agissant de la sanction à faire peser sur une déclaration d'appel où la motivation faisait défaut. Cette motivation est exigée à peine d'irrecevabilité par le Code de procédure civile⁴, cette fin de non-recevoir n'étant toutefois pas applicable si elle a été régularisée au jour où le juge statue⁵. À ce propos, après analyse de la légitimité du but poursuivi, la Cour de cassation juge que ces dispositions « *ne portent pas une atteinte disproportionnée à l'accès au juge d'appel, la faculté de régularisation de la déclaration d'appel restant ouverte à l'appelant* »⁶. En l'espèce, l'appelant, n'ayant ni motivé sa déclaration d'appel ni régularisé sa déclaration dans les formes

¹ La 2^e Chambre civile a recouru à un raisonnement similaire pour mettre en échec un contrôle de proportionnalité abstrait portant sur une formalité procédurale au motif que le salarié était représenté par un défenseur syndical, en énonçant, après un rappel des garanties dont bénéficie ce défenseur, que « *ces dispositions qui concernent le défenseur syndical sont destinées à offrir au justiciable représenté par celui-ci des garanties équivalentes à celles du justiciable représenté par un avocat quant au respect des droits de la défense et de l'équilibre des droits des parties* ». Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 8 décembre 2022, n°21-16.186, Note Orif (Vincent), « Les garanties équivalentes offertes par le défenseur syndical et l'avocat », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2023, n°15, p.64.

² Code de procédure civile, article 916.

³ Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 21 février 2019, n°17-28.285, Note Anger (Camille), « Point de départ du délai de déféré : le prononcé de l'ordonnance », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2019, n° 24, p. 54.

⁴ Code de procédure civile, article 85.

⁵ Code de procédure civile, article 126.

⁶ Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 10 décembre 2020, n°19-12.257, Note Amrani-Mekki (Soraya), « Contrôle de proportionnalité in abstracto de l'exigence de motivation de l'appel compétence », *Procédures*, LexisNexis, 2021, n° 2, p. 15 ; Fricero (Natalie), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 543.

voulues pouvait, être sanctionné sans que cela ne contrevienne à son droit à un procès équitable, étant donné qu'il disposait de plusieurs occasions de produire la motivation requise. Le contrôle abstrait ne se borne pas à l'étude de la règle critiquée, mais prend en compte ses suites, permettant ici de modérer la sévérité de la sanction. Le contrôle n'est toutefois pas concret, puisque le juge ne s'intéresse pas aux raisons ayant justifié en l'espèce le défaut de motivation de l'appelant. Le même refus se rencontre également en droit social.

275. Barème de licenciement S'agissant de la question du barème d'indemnité de licenciement, le contrôle *in concreto* est pareillement refusé dans un domaine où il aurait pourtant pu sembler particulièrement adéquat.

Introduit par une ordonnance de 2017¹, un article du Code du travail² institue un barème fixant un plancher et un plafond à l'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, restreignant la possibilité pour le juge de réparer intégralement le préjudice subi. Ce barème dépend de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié, le delta entre plancher et plafond étant très faible pour les salariés à la faible ancienneté³.

Ce barème a donné lieu à un fort contentieux, de nombreux salariés licenciés considérant que leur indemnisation aurait été plus élevée s'il ne leur avait pas été appliqué⁴. Des conseils des prud'hommes, avec ou sans juges départiteurs, ont d'ailleurs recouru à divers moyens de droit⁵ pour ne pas en faire application⁶, suivis en cela par certaines cours d'appel.

La question qui nous intéresse ici est uniquement de savoir si le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est un moyen pertinent. Au premier abord, il semblait possible de répondre par la positive, le juge devant appliquer une loi aux prévisions claires et impératives à des situations factuelles par hypothèse de nature à diverger du *plerumque fit*. Il était relevé à propos de ce barème que « *les règles doivent céder devant les principes lorsqu'ils expriment*

¹ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

² Code du travail, article L1235-3.

³ Il faut par exemple attendre cinq ans d'ancienneté pour que le plafond soit égal au double du plancher, le delta n'étant que d'un demi-mois de salaire pour un salarié ayant deux ans d'ancienneté.

⁴ D'après une étude statistique comparant les indemnités antérieures et postérieures à l'instauration du barème, cette considération semble juste. Dalmasso (Raphaël) et Signoretto (Camille), « Une première évaluation du « barème » d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse mis en place par l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre 2017 », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 135.

⁵ Y compris, avant que la Cour de cassation ne se prononce sur le sujet, au contrôle *in concreto*. Monsieur Lokiec se livre ainsi à une analyse de jurisprudence de décisions statuant sur des licenciements réalisés durant la crise sanitaire causée par la Covid en concluant que « *ces cas justifient à eux seuls que les juges aient la possibilité de passer outre les plafonds lorsque ceux-ci n'assurent pas une juste indemnisation du préjudice* » (Lokiec (Pascal), « Le barème ou le préjudice amputé », *Semaine sociale Lamy*, Lamy, 2021, n°1950.

⁶ Des décisions du fond sont citées par Fournier de Crouy (Nathalie), « Les différents usages du barème d'indemnisation : retour sur l'article L. 1235-3 du Code du travail », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2019, p. 29.

une valeur supérieure, ici la considération de la victime, licenciée sans cause réelle et sérieuse »¹.

L'opportunité pour la Cour de cassation de se prononcer sur la question est venue d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris² statuant sur l'affaire d'une femme d'un âge considéré comme avancé sur le marché du travail, et dont les longs arrêts maladie avaient conduit à minorer l'ancienneté, réduisant corrélativement le plafond d'indemnisation. En conséquence, le juge d'appel constate que le plafond « *représente à peine la moitié du préjudice subi en termes de diminution des ressources financières depuis le licenciement* », ne permettant pas « *une indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi* », comme le prévoit l'article 10 de la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail. La Cour en conclut que « *en conséquence, il y a lieu d'écarter l'application du barème résultant de l'article L. 1235-3 du code du travail* », réalisant un contrôle concret puisque le barème n'est écarté que pour l'espèce traitée.

La Cour de cassation, saisie de cette affaire, commence par établir la conformité abstraite de l'article du Code du travail avec la Convention précitée, avant de juger que, en « *statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait seulement d'apprécier la situation concrète de la salariée pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L. 1235-3 du code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »³. Les textes visés, en plus du Code du travail et de la Convention internationale invoquée, incluaient l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen concernant l'égalité devant la loi. Cette motivation, qui donne tort à la Cour d'appel concernant sa réalisation d'un contrôle concret, peut au premier regard ne pas apparaître comme un rejet marqué de celui-ci. Notamment, la Cour ne dit pas que la Convention de l'Organisation internationale du travail ne peut servir à la réalisation d'un tel contrôle, argument qui aurait commodément permis ici d'empêcher le contrôle de proportionnalité, dont la Cour de cassation contrôle le périmètre. Il est au contraire relevé que « *la Cour se contente d'une formule où elle ne nomme même pas ce*

¹ Rouvière (Frédéric), « Peut-on penser l'indemnisation par barème ? », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2021, p. 634.

² Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 11, 16 mars 2021, n°19/08721.

³ Cour de cassation, Chambre sociale, 11 mai 2022, n°21-14.490, et 21-15.247, Note Vernac (Stéphane), *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 473 ; Riancho (Simon), « Barème dit "Macron" » : la conventionnalité affirmée à l'aune de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT », *Bulletin Joly Travail*, Lextenso, 2022, n°6, p. 16 ; Pagnerre (Yannick), « Conventionnalité du barème d'indemnisation des licenciements sans cause réelle et sérieuse : épilogue à suivre », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n°22, p. 24 ; Richevaux (Mathilde), « Barème Macron, échec et mat ou simple roque ? », *Les petites affiches*, Lextenso, 2022, n°9, p. 62 ; Gerry-Vernières (Stéphane), « Saga contentieuse relative au barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse : des contrôles et des sources », *Revue des contrats*, Lextenso, 2022, n°4, p. 71.

qu'elle exclut »¹ dans une motivation « quasi inexistante »² renouant avec « la tradition de motivation d'autorité »³. Pour comprendre la clarté et l'ampleur du rejet du contrôle concret, il faut se reporter au communiqué de presse de la Cour de cassation, qui indique que « la détermination du montant réparant le préjudice causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se prête pas à un contrôle de conventionnalité *in concreto* »⁴. Au-delà des évidentes questions posées par le recours à ce procédé concernant les sources du droit⁵, le rejet du contrôle concret est clairement affiché concernant le barème de licenciement. Autrement dit, pour cette question, « les faits de la cause ne peuvent être invoqués pour écarter l'application d'un texte de droit interne, mais seulement pour l'appliquer »⁶. Ce refus n'est pas toujours exprimé avec la même clarté.

B : Le contrôle déterministe : une apparence de contrôle

276. **Le refus dissimulé** Il semble que, concernant certains domaines du droit, le refus du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes soit plus difficile à assumer qu'en droit processuel. Le juge peut alors recourir à un subterfuge afin de donner à son jugement l'apparence d'un contrôle de proportionnalité, bien que son raisonnement ne soit pas ouvert à la possibilité d'un constat de disproportion *in concreto*. Le résultat est un contrôle déterministe, dont le résultat est connu d'avance, lié. Cet artifice se retrouve tant devant le juge judiciaire (1) que devant le juge administratif (2).

1 : Devant le juge judiciaire

277. **Apparition progressive** Le juge judiciaire a recours au contrôle concret déterministe dans des questions où le droit de propriété est présent. La chose peut être difficile à discerner, l'évolution jurisprudentielle sur le sujet ayant d'abord manifesté un refus franc du contrôle (a), avant de mettre en place le contrôle lié dont il est question (b), le regard de

¹ Radé (Christophe), « Barème : vous avez dit « motivation enrichie » ? », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 473.

² Mouly (Jean), « Le barème Macron inopportunistement renforcé par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 733.

³ Deumier (Pascale), « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575.

⁴ Cour de cassation, communiqué de presse du 11 mai 2022, « Barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse », <https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/9895>.

⁵ Le sujet a déjà été exploré en 2006, Madame Deumier relevant que « certains [communiqués] dépassent la seule clarification de l'arrêt pour expliquer la motivation, voire y ajouter, transformant un support d'information en support d'interprétation ». Deumier (Pascale), « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2006, p. 510.

⁶ Serverin (Évelyne) et Dalmasso (Raphaël), « Quelle place pour les faits dans la mesure de l'effet des règles ? Une autre interprétation *in abstracto* est possible », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 729.

l'observateur pouvant être troublé par l'accueil du contrôle concret concernant une question connexe (c).

a : Refus initial du contrôle en matière de propriété

278. **Absence initiale de refus franc** Si le refus de la Cour de cassation concernant le contrôle de proportionnalité en matière de droits processuels est clairement assumé, il n'en va pas de même s'agissant des questions de propriété. Sans doute le sujet est-il intrinsèquement plus complexe, les atteintes à la propriété pouvant prendre plusieurs formes, un empiétement n'étant pas la même chose que l'occupation ou la construction sur le terrain d'autrui, et s'agissant d'un droit dont le caractère absolu est affiché. Avant d'observer les tentatives de mise en système réalisées par les auteurs, il est nécessaire d'examiner les évolutions de la Cour de cassation sur le sujet.

279. **Contrôle cryptique** L'un des premiers arrêts sur la question semble ouvrir la porte à un certain contrôle concret. Dans cette affaire, des individus construisent une cabane sur un terrain appartenant à la Ville de Paris situé au bord du boulevard périphérique. Celle-ci demande et obtient leur expulsion en référé, confirmée en appel¹. Dans son arrêt, la Cour d'appel semble fermer la porte à tout raisonnement en proportionnalité en affirmant que *« l'occupation sans droit ni titre de la propriété d'autrui constitue en soi un trouble manifestement illicite justifiant qu'il y soit mis fin par une mesure d'expulsion, sans que les occupants puissent invoquer utilement leur droit au logement et à mener une vie privée et familiale normale pas plus que l'intérêt supérieur de leurs enfants »*.

Un pourvoi en cassation est formé par une partie des occupants de la cabane. Celui-ci soutient qu'une cabane peut constituer un domicile, lequel relève du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. En conséquence, *« toute personne qui risque d'être victime d'une atteinte au droit au respect du domicile doit en principe pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure à la lumière des principes qui découlent de l'article 8 de la convention »*², article qui aurait été violé par la Cour d'appel refusant de réaliser un contrôle de proportionnalité.

Il était donc demandé à la Cour de cassation de se prononcer sur la question de savoir si un contrôle de proportionnalité était requis en l'espèce, ce à quoi la juridiction ne répond pas de

¹ Cour d'appel de Paris, 23 avril 2013, n° 12/18549.

² Moyen aux pourvois n° Q14-11.776 et A14-21.515, annexés à l'arrêt de la Cour de cassation.

manière tranchée¹. Reprenant les motifs des juges du fond afin d'établir les conditions de vie déplorables dans la cabane et le danger que cette installation faisait courir à ses habitants et aux employés municipaux, la Cour en conclut que « *la nécessité de prévenir un dommage imminent caractérisé par un danger pour la sécurité tant des usagers du boulevard périphérique que des intéressés eux-mêmes et de leurs familles, exigeait leur expulsion sans délai, a légalement justifié sa décision au regard des droits fondamentaux protégés par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

Il semble ici que la Cour de cassation se livre à un contrôle de proportionnalité cryptique, n'assumant pas de soumettre à la balance des intérêts le respect du droit de propriété sans pour autant rejeter un tel raisonnement. En effet, elle semble apprécier une situation de fait (une cabane insalubre, dangereuse et troublant l'ordre public) vis-à-vis du droit au respect du domicile des occupants². De fait, l'affirmation selon laquelle le juge du fond a légalement justifié sa décision au regard des droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne indique que la Cour de cassation s'est livrée à une appréciation de la mesure d'expulsion au regard des droits fondamentaux des expulsés. Si elle conclut *in fine* que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision (c'est-à-dire que la destruction est proportionnée au droit au respect de la vie privée), l'abondance de détails qu'elle donne pour appuyer son propos laisse à penser qu'il aurait pu en aller différemment si la cabane avait été équipée de sanitaires, chauffée à l'électricité, ou que ses occupants avaient été courtois avec les agents de la voirie. Si la Cour avait seulement entendu valider le refus de contrôle des conseillers d'appel, elle aurait pu le faire en s'épargnant une telle abondance de détails factuels, indiquant que le respect du droit de propriété devait prévaloir, et fermant la porte à tout raisonnement fondé sur le droit au respect de la vie privée. Elle adoptera par la suite une telle ligne.

280. Rejet du contrôle Quelques années plus tard, en effet, la Cour de cassation devait se prononcer sur la question du contrôle de proportionnalité en matière de propriété en adoptant une position bien plus tranchée. Ici, les propriétaires d'un terrain situé à Mayotte reprochent aux propriétaires du terrain contigu un empiétement. Celui-ci était notamment constitué par une partie du mur porteur d'une maison d'habitation. Le Tribunal de grande

¹ Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 22 octobre 2015, n° 14-11.776, 14-21.515 et 14-11.776, notes Ansault (Jean-Jacques), « Expulsion : contrôle de proportionnalité et droits fondamentaux », *Gazette du Palais*, 2016, n° 23, p. 16 ; Cayrol (Nicolas), « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 449.

² Reconnaissant par-là même que la cabane constitue bien un domicile, comme le relève Monsieur Ansault (Jean-Jacques), « Expulsion : contrôle de proportionnalité et droits fondamentaux », *Gazette du Palais*, 2016, n° 23, p. 16.

instance ordonne la destruction de la construction dont un géomètre-expert avait déterminé qu'elle empiétait partiellement. Les propriétaires condamnés interjettent appel de cette décision, soutenant le caractère minime de leur empiètement au regard de la superficie du terrain lésé, entraînant selon eux une disproportion entre l'ingérence dans leur droit de propriété et la défense de celui de leur voisin. La Cour d'appel¹ retient que c'est en connaissance de cause que les propriétaires ont fait déborder leur construction sur le terrain contigu, faisant un usage abusif de leur droit de propriété. C'est vainement qu'ils font valoir l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme lorsque celui-ci ne peut être utilement invoqué en l'espèce que par leur adversaire. De même, c'est inutilement que les dispositions du Code civil relatives aux servitudes sont invoquées. Par conséquent, « *le juge ne peut pas refuser la démolition des constructions qui empiètent sur le terrain de M. C., quel que soit l'étendue de l'empiètement et quelles que soient les conséquences pour l'auteur de l'empiètement* ». La décision du juge mahorais est confirmée.

Un pourvoi en cassation est formé, reprochant à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché si l'ingérence consistant en la destruction de murs porteurs d'une maison était proportionnée. La Cour de cassation rejette ce moyen², retenant que l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme n'était pas invocable par les demandeurs au pourvoi. En effet, cet article ne peut être utilement invoqué par les auteurs d'un empiètement lorsque celui-ci méconnaît le droit de propriété du propriétaire du terrain qui peut alors demander la destruction des constructions sans se rendre coupable d'abus.

Cet arrêt marque un refus net du contrôle de proportionnalité sur le terrain de la propriété. Il peut cependant sembler difficile de l'apprécier par rapport à la précédente affaire évoquée, les deux espèces ne différant pas seulement par leur solution. En effet, il n'était pas ici question d'une occupation de terrain mais d'un empiètement, domaine où une jurisprudence établie impose de mettre fin à l'empiètement quelle que soit son ampleur ou la bonne foi de l'auteur et peu important que cela implique la destruction totale de la construction empiétant ou qu'une intervention plus superficielle suffise. De plus, les demandeurs au pourvoi invoquaient ici leur propre droit de propriété garanti par le 1^{er} protocole additionnel à la Convention européenne, et non leur droit au respect de la vie privée ou de leur domicile garanti par l'article 8 du même texte. La chose surprend, car il semble que la construction empiétant constituait pourtant leur habitation. Une telle argumentation aurait semblé plus convaincante que la défense de la

¹ Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre d'appel de Mamoudzou, 3 novembre 2015, n° 15/222.

² Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 21 décembre 2017, n° 16-25.406, Note Méano (Anne-Laure), *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1328 ; Gavin-Millan-Oosterlynck (Élodie), « La multitude des arguments inopérants dans la jurisprudence de l'empiètement », *Revue de droit immobilier*, Dalloz, 2018, p. 215.

propriété d'une construction en partie sise sur le terrain d'autrui.

L'arrêt de la Cour de cassation n'en demeure pas moins clair dans son refus d'engager un raisonnement *in concreto* dans la matière. Pour Monsieur Fulchiron, ici, « *le caractère absolu du droit de propriété, affirmé et garanti par la loi, exclut que l'on puisse lui opposer son propre droit au respect de ses biens, ce qui pourrait ouvrir la possibilité d'un contrôle de proportionnalité* »¹. Ce refus se situe d'ailleurs à une étape très précoce du contrôle, la Cour refusant de caractériser une ingérence dans un droit garanti, ce qui tue le contrôle dans l'œuf.

b : Apparition du contrôle déterministe

281. **Premier contrôle lié** Sur la question de l'occupation, la Cour de cassation devait en tout cas faire évoluer sa solution initiale de contrôle cryptique pour établir une jurisprudence ayant l'apparence d'un contrôle concret, mais non sa substance.

Cela se voit d'abord dans une affaire où un occupant sans titre a construit son habitation sur le terrain d'autrui. Après vingt ans d'occupation, le propriétaire légitime du terrain invoque enfin son titre de propriété pour obtenir la démolition de la construction. Cette demande est accueillie par la Cour d'appel de Cayenne², qui ne réalise pas de contrôle de proportionnalité. Le défendeur forme un pourvoi en cassation, demandant que la conformité concrète de la mesure d'expulsion avec son droit au respect de son domicile garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme soit vérifiée. Au soutien de cette demande, il invoque sa longue durée d'occupation sans opposition du terrain, ainsi que son âge avancé (plus de 87 ans). La Cour de cassation reconnaît l'ingérence dans le droit garanti par l'article 8, laquelle est fondée sur l'article 544 du Code civil, qui poursuit le but légitime de garantir le droit au respect des biens. En conséquence, elle juge que « *l'expulsion et la démolition étant les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété* »³.

Cet arrêt semble marquer une évolution par rapport aux arrêts précédemment évoqués. La Cour de cassation, en effet, ne dit pas qu'un contrôle de proportionnalité n'est pas requis, mais indique que son résultat sera toujours le même. Si elle reconnaît que l'expulsion constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, elle relève que cette mesure était la seule de

¹ Fulchiron (Hugues), « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 468.

² Cour d'appel de Cayenne, Chambre civile, 11 janvier 2016.

³ Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 17 mai 2018, n°16-15.792, note Dross (William), « L'article 8 de la Conv. EDH et la construction entièrement édifiée sur le sol d'autrui », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 708.

nature à permettre au propriétaire de retrouver la plénitude de son droit, et que cette atteinte ne saurait donc être disproportionnée. Arrivée à cette conclusion, la Cour n'a nul besoin de reprendre les éléments factuels de l'affaire, ceux-ci n'étant pas de nature, quels qu'ils soient, à modifier la conclusion de son contrôle.

Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité au résultat lié : dès lors qu'il est question d'assurer l'effectivité du droit de propriété, l'expulsion des occupants sans titre ne saurait être empêchée par le respect de leurs droits fondamentaux. Un tel contrôle est qualifié de « *formel* »¹ ou « *davantage in abstracto que in concreto* »². Ce contrôle se distingue en effet du contrôle purement abstrait réalisé en matière de procédure, puisqu'il fait mention de la situation des défendeurs, pour préciser qu'elle ne saurait modifier l'issue du contrôle. Il s'agirait plutôt d'un contrôle symbolique, dont le résultat est toujours le même, mais qui est pratiqué pour les apparences. Ce serait le *Canada dry* du contrôle concret³, en ayant toutes les apparences sans en être vraiment.

282. Confirmation Quel que soit le qualificatif à même de le décrire, ce contrôle particulier semble adopté par la Cour de cassation, qui reproduit à l'identique le même attendu dans de nombreuses affaires similaires⁴, constituant une « *politique jurisprudentielle* »⁵. Cela est par exemple visible dans une affaire où les propriétaires indivis d'une parcelle occupée par des gens du voyage saisissent le juge des référés afin de voir ordonnée l'expulsion des occupants. Le Tribunal de grande instance de Montpellier fait droit à leur demande, mais les occupants interjettent appel de cette ordonnance. Les appelants invoquent notamment l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 3 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant afin de voir la demande d'expulsion rejetée. Ils font valoir qu'un contrôle de proportionnalité doit être exercé entre l'ingérence que représente leur expulsion dans leur droit au respect de la vie privée et le droit de propriété des intimes. D'après eux, l'ingérence serait disproportionnée en ce qu'elle entraînerait l'expulsion des enfants de leur

¹ Boffa (Romain), « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 2163.

² Rochfeld (Judith) (dir.), *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019, p. 107.

³ On pourrait plus élégamment parler d'une « *parure de fondamentalité désincarnée* ». Pellé (Sébastien), « Métamorphose de la loi et contrôle de proportionnalité », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.347.

⁴ Par exemple Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 28 novembre 2019, n° 17-22.810 ; Note Dross (William), « Proportionnalité et expulsion : contrôle abstrait, contrôle concret ou absence de contrôle ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 156 ; Guiget-Schiélé (Quentin), « Proportionnalité de l'expulsion au droit au respect du domicile de l'occupant sans titre », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2020, n° 13, p. 89 ; Leborgne (Anne), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1380 ; Parmentier (Marine), « Droit de propriété versus droit au respect du domicile : clap de fin ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2020, n° 7, p. 74 ; Périnet-Marquet (Hugues), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2020, n° 20, p. 979.

⁵ Boffa (Romain), *ibidem*.

domicile sans solution de relogement et empêcherait la continuation des mesures sociales dont ils bénéficient. Les intimés, en soutien de l'ordonnance, arguent que les jurisprudences de la Cour de Strasbourg invoquées par les appelants concernent des personnes publiques et non des personnes privées.

La Cour d'appel de Montpellier¹, sur le fond, vise l'article 544 du Code civil donnant une définition de la propriété, et rappelle que ce droit à une valeur constitutionnelle et bénéficie de la protection de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Il en ressort que ce droit à « *un caractère absolu conduisant à ce que toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui soit considérée comme un trouble manifestement illicite* » permettant d'obtenir l'expulsion des occupants en référé sans qu'il soit besoin de prouver un quelconque préjudice au-delà de la simple occupation du bien sans droit ni titre. Par conséquent, ne peut être invoquée contre cette demande « *la légitimité du but poursuivi d'atteindre l'objectif de valeur constitutionnelle de disposer d'un logement décent ; la nécessité de satisfaire à cet objectif étant opposable, non pas aux particuliers, mais à la personne publique* ». L'ordonnance est confirmée.

Les occupants sans titre forment un pourvoi en cassation, demandant que la proportionnalité de leur expulsion avec l'article 8 soit contrôlée. La Cour de cassation² retient que l'expulsion est la seule mesure de nature à faire cesser le trouble, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée.

283. Hypothèse d'explication : place de la propriété dans la hiérarchie des normes La lecture individuelle des arrêts précédemment exposés est relativement simple. Bien que la solution puisse ne pas paraître satisfaisante, refusant de choisir clairement entre un contrôle concret et une absence de contrôle concret, elle n'en est pas moins exprimée dans le style historique de la Cour de cassation, avec une clarté donnant l'illusion de tout comprendre à première lecture. Pourtant, de nombreux éléments viennent compliquer l'équation, rendant difficile le positionnement de la question dans le schéma global du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

La question de la pertinence du positionnement de la question dans la hiérarchie des normes peut d'abord se poser. Le droit de propriété, en effet, est un droit fondamental garanti par des textes de valeur supra-législative, telles la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de

¹ Cour d'appel de Montpellier, 19 octobre 2017, n° 17/03427.

² Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 4 juillet 2019, n° 18-17.119, Notes Jariel (Ludovic), *Recueil Dalloz*, 2019, p. 2199 ; Le Rudulier (Nicolas), « Droit de propriété *versus* droit au domicile », *Actualité juridique droit de l'immobilier*, Dalloz, 2020, p. 139.

1789¹ ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme², mais défini par des textes de simple valeur législative³. Son régime est largement fixé par ces dernières dispositions⁴, dont certaines ne sont que le « *décalque* »⁵ des dispositions supérieures⁶. Savoir si le droit de propriété dont il est question dans ces affaires est protégé par un texte de valeur légale ou supra légale n'a dès lors rien d'évident. Le visa des affaires étudiées n'est d'aucune aide, étant donné que le même raisonnement est produit par la Cour de cassation qu'elle vise les textes supra-législatifs garantissant le droit de propriété ou non⁷.

La question n'est pourtant pas sans importance, la résolution du conflit entre des normes de même valeur étant distincte de celle du conflit entre des normes de valeur hiérarchique différente. Dans le premier cas, la Cour de cassation se livre à une mise en balance, lorsqu'elle réalise un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes dans le second. Le fait que la Cour de cassation réalise un contrôle de proportionnalité lié pourrait indiquer qu'elle penche pour un conflit situé au sein de la hiérarchie des normes, tout comme le traitement particulier de ce contrôle peut montrer qu'elle n'est pas satisfaite par cette thèse, expliquant le flou relatif des solutions.

284. Hypothèse d'explication : variété des atteintes possibles

La mise en cohérence de ces décisions bute également sur la grande variété d'atteintes possibles à la propriété. En effet, un empiètement, potentiellement très minime, n'est pas la même chose

¹ L'article 2 définit la propriété comme faisant partie des droits « *naturels et imprescriptibles de l'Homme* », tandis que l'article 17 précise que ce droit « *inviolable et sacré* » s'exerce dans les limites de la « *nécessité publique* ».

² C'est plus précisément l'article 1^{er} du premier protocole additionnel qui pose cette protection.

³ Code civil, article 544 et s.

⁴ Pour Monsieur Leveneur et Madame Mazeaud-Leveneur, le droit de propriété est « *un droit de valeur supralégislative* » (Leveneur (Laurent) et Mazeaud-Leveneur (Sabine), *Droit des biens, Le droit de propriété et ses démembrements*, LexisNexis, 2021 (1^{re} édition), n°53). Pour Monsieur Dross, il s'agit d'« *un droit* », mais d'un « *droit fondamental* ». L'auteur précise que, comparé à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « *les déclarations et traités internationaux sont plus timides* », mais que celui-ci bénéficie d'une protection « *indirecte* » au « *rayonnement conséquent* » au moyen du premier article du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (Dross (William), *Droit des biens*, LGDJ, 2021 (5^e édition), n°37).

⁵ Dross (William), « *Où en est-on de la sanction de l'empiètement ? Démolition, astreinte, proportionnalité et constitutionnalité* », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n° 19, p. 63. Monsieur Dross fait cette affirmation en comparant l'article 545 du Code civil et l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

⁶ Madame Debet relève que, lors de la promulgation du Code de 1804, le droit de propriété est le seul droit fondamental garanti dans la Déclaration de 1789 à trouver sa place dans le Code Napoléon, qui « *fait peu de cas des droits de l'homme, des aspirations égalitaires et même des principes fondamentaux du droit pénal* » proclamés à la suite de la révolution. Debet (Anne), « *Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme* », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 953.

⁷ Parmi les trois arrêts cités *supra* qui reprennent le même attendu, le premier (Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 17 mai 2018, n° 16-15.792) et le dernier (Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 28 novembre 2019, n°17-22.810) visent l'article 17 de la Déclaration de 1789 et l'article 1^{er} du 1^{er} protocole à la Convention européenne, lorsque celui restant (Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 4 juillet 2019, n°18-17.119) ne mentionne pas ces textes.

qu'une construction sur le terrain d'autrui, ces deux atteintes différentes pouvant ou non être réalisées de bonne foi. L'hypothèse de l'occupation du terrain ou de la construction d'autrui, que le langage courant nomme squat, diffère encore. Là où la force centripète de la cohérence globale invite à ne pas distinguer, la force centrifuge de la prise en compte de la situation invite à différencier les hypothèses.

Les arrêts cités *supra* semblent se refuser à toute distinction. C'est en tout cas ce qu'indique le Président Chauvin, pour qui « *pour une raison de cohérence jurisprudentielle, la Cour de cassation était tenue de retenir la même solution dans les deux hypothèses, construction ou empiètement sur le terrain d'autrui et occupation sans droit ni titre d'un terrain d'autrui, car il s'agit, dans les deux cas, d'une atteinte au droit de propriété, le caractère plus ou moins définitif de l'atteinte ne pouvant justifier un traitement différent* »¹, reconnaissant toutefois que la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait ne pas en faire autant.

Les auteurs peinent à révéler les justifications des décisions de la Cour de cassation sur le sujet. Pour Monsieur Dross, « *la Cour de cassation égrène au bonheur de ses arrêts des solutions dont la ratio decidendi est couverte d'un voile trop épais pour ne pas les rendre sujettes à controverse* »². L'évolution rapide et erratique de sa jurisprudence, rappelée *supra*, donnerait lieu à un contrôle qui ne serait que « *pur mirage* »³.

Si la position de la Cour de cassation n'est pas claire, puisqu'elle donne l'apparence du contrôle de proportionnalité sans le réaliser véritablement, il n'est pas certain qu'une clarification allant dans le sens d'un contrôle véritable soit souhaitée. Il est à certains égards convainquant de soutenir que le contrôle de proportionnalité est particulièrement à craindre en matière de propriété⁴. En effet, quelle que soit la valeur (législative ou supra-législative) accordée au droit de propriété, l'atteinte que subirait le propriétaire qui, au terme d'un contrôle de proportionnalité, ne pourrait pas récupérer la jouissance effective de son bien, serait d'une consistance et d'une vigueur toute particulière. Cela reviendrait à imposer rien de moins qu'une « *expropriation pour cause d'utilité privée* »⁵, replaçant en quelque sorte le débat sur le

¹ Chauvin (Pascal), « Le contrôle de proportionnalité » in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, Association droit et procédure, p. 20 et s.

² Dross (William), « Proportionnalité et expulsion : contrôle abstrait, contrôle concret ou absence de contrôle ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 156.

³ Dross (William), « L'expulsion du propriétaire et ses droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 428.

⁴ Voir par exemple Bergel (Jean-Louis), « Le contrôle de proportionnalité en droit immobilier : danger ! », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 115 et s.

⁵ Dross (William), « Propriété et proportionnalité : nouveaux épisodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 158.

caractère fondamental du droit de propriété en utilisant à dessein une formule antagoniste avec celle de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

c : Brouillage du schéma sur une question connexe

285. Empiètement sur son propre fonds La position de la Cour de cassation sur le contrôle de proportionnalité à réaliser en matière d'occupation du terrain d'autrui et d'empiètement semblait fixée sur une ligne rigoureuse se refusant à réaliser un contrôle effectif. Cependant, une décision rendue en matière d'empiètement interroge la pérennité de cette solution.

Une servitude prévoit que le fonds servant laisse un passage de 8 mètres de large pour accéder au fonds dominant. Une expertise mesure ce passage, et constate son étroitesse (entre 2,9 m au plus étroit et 7,72 m au plus large) entraînée par la pousse d'une haie et la descente d'eau pluviale d'un garage. Le juge de première instance et la Cour d'appel¹ ordonnent la destruction des empiètements afin que la servitude soit rétablie dans toute sa largeur. Un pourvoi en cassation est formé, reprochant à la Cour d'appel de n'avoir pas mis en balance la destruction de l'empiètement et le droit au respect de la vie privée et du domicile de ses auteurs. La Cour de cassation accueille ce moyen², retenant que la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en omettant de rechercher si « *la mesure de démolition n'était pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile* ».

Il est d'emblée nécessaire de préciser la différence fondamentale entre cette affaire et les précédentes espèces étudiées. En effet, ici, l'empiètement n'a pas lieu sur la propriété d'autrui, mais sur l'assiette d'une servitude. Cela signifie que celui qui empiète le fait sur un fonds dont il est propriétaire, ce fonds étant grevé d'une servitude lui imposant de laisser le passage libre au profit d'un fonds attenant.

Cependant, il est possible, avec quelque audace, de lire cette décision comme marquant « *l'introduction généralisée du contrôle de proportionnalité en matière d'empiètement* »³. En effet, cet arrêt n'est pas rendu au visa du 1^{er} article du Premier protocole additionnel à la

¹ Cour d'appel de Dijon, 10 juillet 2018, n° 18/00091.

² Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 19 décembre 2019, n° 18-25.113, Note Boffa (Romain), « Empiètement : une dose de proportionnalité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1092 ; Collomp (Anne-Lise), Corbel (Catherine) et Jariel (Ludovic), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1248 ; Dross (William), « Quand la proportionnalité s'invite à la table de l'empiètement », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 416 ; Guiget-Schiélé (Quentin), « Proportionnalité de la sanction de l'empiètement », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2020, n° 13, p. 89 ; Laurent (Julien), « Empiètement sur l'assiette d'une servitude et proportionnalité : exigence d'un contrôle effectif », *Defrénois*, Lextenso, 2020, n° 35, p. 29 ; Niel (Paul-Ludociv), « Contrôle de proportionnalité en cas d'empiètement d'une maison d'habitation sur l'assiette d'une servitude de passage », *Les petites affiches*, Lextenso, 2020, n° 93, p. 21 ; Périnet-Marquet (Hugues), *La semaine juridique édition générale*, 2020, n° 20, p. 979 ; Raboul-Maupin (Nadège) et Strickler (Yves), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1761.

³ Boffa (Romain), « Empiètement : une dose de proportionnalité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1092.

Convention, garantissant le respect du droit de propriété, mais sur l'article 8 de la Convention, qui protège le droit au respect de la vie privée dans toutes ses composantes. Par conséquent, la motivation de l'arrêt serait applicable sans contradiction à une situation où l'empiètement est réalisé sur le terrain d'autrui. De surcroît, sur le plan technique, « *il n'est pas sûr qu'on puisse traiter différemment l'atteinte qu'un empiètement porte à un propriétaire ou au simple titulaire d'une servitude* »¹, l'absolutisme du droit à la démolition du propriétaire empiété n'était du reste « *qu'une interprétation jurisprudentielle et non une solution légale explicite* »², ce qui rendrait d'autant moins subversive une évolution de la jurisprudence à ce sujet.

286. Protection sous-jacente du droit de propriété Cependant, il semble beaucoup plus vraisemblable que cette décision demandant au juge du fond de réaliser un contrôle concret avant de sanctionner un empiètement ne soit pas extrapolable concernant l'empiètement sur le terrain d'autrui. Cela signifie que la Cour de cassation entendrait maintenir sa position antérieure sur le sujet. Plusieurs conseillers de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation indiquent d'ailleurs que celle-ci ne serait « *nullement revenue sur sa position en matière d'empiètement* »³. La chose s'expliquerait par le fait que « *l'admission ou la récusation de la proportionnalité en matière d'empiètement se fait toujours avec pour boussole la protection des intérêts du propriétaire du sol* »⁴. En effet, quand le propriétaire empiète sur la servitude qui grève son fonds, le contrôle de proportionnalité est utilisé pour assurer la protection de son droit de propriété en vérifiant qu'il ne lui est pas porté une atteinte disproportionnée, de même que, quand un individu empiète sur le fonds d'autrui, l'absence de contrôle effectif vise encore à protéger la propriété.

Tout indique que la position de la Cour de cassation en matière de contrôle de proportionnalité de l'atteinte au droit de propriété demeure. Cette position, qui consiste à réaliser un contrôle apparent tout en décidant à l'avance du résultat, est originale, mais n'en est pas moins partagée par le Conseil d'État, dans un domaine distinct de la défense de la propriété privée.

¹ Dross (William), « Quand la proportionnalité s'invite à la table de l'empiètement », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 416.

² Sturlèse (Bruno), « Empiètement : critique du refus de la Cour de cassation du contrôle de proportionnalité », *Defrénois*, Lextenso, 2018, n°33, p. 24.

³ Collomp (Anne-Lise), Corbel (Catherine) et Jariel (Ludovic), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1248.

⁴ Dross (William), « Quand la proportionnalité s'invite à la table de l'empiètement », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 416.

287. **Refus du contrôle par le juge administratif**

Le Conseil d'État a adopté

une solution proche de celle de la Cour de cassation, expliquant avec une pédagogie certaine l'intérêt de réaliser le contrôle concret tout en excluant qu'il puisse, dans un cas précis, mener à quelque résultat que ce soit.

L'arrêt du Conseil d'État analyse le pourvoi d'un individu conçu par insémination artificielle avec don de gamètes qui demande à connaître l'identité du donneur. En application des dispositions légales¹, le Tribunal administratif rejette cette demande. Le demandeur saisit le Conseil d'État et demande que soit vérifiée la conformité concrète de ce refus avec ses droits garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'État commence par exposer l'utilité du contrôle de proportionnalité, et le fait qu'il appartient au juge « *d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive* »². L'arrêt expose ensuite les considérations d'intérêt général ayant motivé le législateur à interdire la divulgation de l'identité d'un donneur de gamètes, telles la sauvegarde de l'équilibre familial, le risque qui pèserait sur le « *caractère social et affectif de la filiation* », la crainte d'une baisse des dons, ainsi que la remise en cause de l'éthique du don. Le Conseil en conclut que « *au regard de cette dernière finalité, qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés* ».

Le contrôle lié apparaît ici sur un modèle similaire à celui retenu par la Cour de cassation en

¹ Code civil, article 16-8, Code de la santé publique, article L1211-5.

² Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 décembre 2017, n°396571, affaire Molénat, Note Cacioppo (Sébastien), « Le Conseil d'État confirme l'anonymat du donneur de gamètes au mépris de l'intérêt de l'enfant », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2018, n° 3, p. 13 ; Depadt (Valérie), « Le Conseil d'État face à la demande d'accès à leurs origines génétiques de personnes conçues par don de gamètes : après l'arrêt Kermavelzen, l'arrêt Molénat », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2018, n° 4, p. 16 ; Dupré de Boulois (Xavier), « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2018, chronique n°4 ; Fulchiron (Hugues), « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 468 ; Guyomar (Mattias), « Eu égard à la finalité qu'elles poursuivent, le contrôle *in abstracto* de la conventionnalité des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes absorbe le contrôle concret de leur mise en œuvre », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2018, n° 5, p. 20 ; Leroyer (Anne-Marie), « L'anonymat du donneur de gamètes devant le Conseil d'État : *bis repetita* », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 86 ; Roussel (Sophie) et Nicolas (Charline), « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 497.

matière d'atteinte au droit de propriété. En effet, tous les éléments permettant de réaliser un contrôle sont mis sur la table avant de poser que le résultat du contrôle ne pourra être que le rejet du moyen soutenant la disproportion en affirmant que la mesure visant à rétablir le propriétaire dans la plénitude de l'exercice de son droit ne saurait être disproportionnée. Autrement dit, cette décision établit clairement que tout contrôle de proportionnalité en ce domaine est vain, ne pouvant que déboucher sur un constat de proportionnalité. Comme cela a été relevé, « *l'essentiel réside dans le choix du pronom* »¹, le Conseil d'État « *indiquant qu'aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur, — plutôt qu'à celle du demandeur en cause —, ne peut justifier la mise à l'écart de la loi* »²

Cette décision du Conseil d'État peine à convaincre sur différents plans. On peut d'abord regretter la faiblesse des éléments soulevés face à « *l'intérêt des enfants à connaître l'identité de leur donneur, ou des informations non identifiantes* »³, voir même s'interroger sur « *l'identification de la finalité qui justifie que le Conseil d'État s'abstienne de tout contrôle in concreto en matière de don de gamètes* »⁴. Surtout, la portée de l'arrêt questionne, celui-ci pouvant manifester « *la volonté du Conseil d'État de donner un coup d'arrêt au déploiement du contrôle de conventionnalité in concreto dans la jurisprudence administrative* »⁵, constituant une « *régression* »⁶ pour cette juridiction qui a marqué un véritable entrain dans son adoption de cette technique.

La rationalité de ces politiques jurisprudentielles instaurant un contrôle au résultat lié, peu cohérente, questionne en effet. Complexifiant la jurisprudence sur le contrôle concret, la fragilité de leur justification rend dubitatif sur leur capacité à rassurer ceux que le contrôle inquiète, leurs bases théoriques étant mal assurées. Surtout, elles ne semblent pas véritablement nécessaires. Il faut interroger plus avant le fondement et l'utilité des limites jurisprudentielles au contrôle de proportionnalité.

¹ Dupré de Boulois (Xavier), « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2018, chronique n°4.

² *Ibidem*. L'auteur souligne.

³ Leroyer (Anne-Marie), « L'anonymat du donneur de gamètes devant le Conseil d'État : *bis repetita* », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 86.

⁴ Roussel (Sophie) et Nicolas (Charline), « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 497.

⁵ Dupré de Boulois (Xavier), « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2018, chronique n°4.

⁶ *Ibidem*.

Paragraphe II : Faibles justifications des limites

288. **Limites critiquables** Les limitations que tente d'imposer la jurisprudence à l'empire du contrôle de proportionnalité doivent être questionnées. Si, du côté des règles de droit processuel, ces limites sont clairement établies, il n'en est pas de même concernant le droit de propriété. Quoiqu'il en soit, ces deux limites interrogent, car leur justification semble fragile (A) et leur utilité limitée (B).

A : Une rationalité à questionner

289. **Justifications critiquables** La présentation rationnelle des limites imposées au contrôle concret par le juge que tente de réaliser celui-ci, appuyé en cela par certains auteurs, repose principalement sur l'allégation de particularismes des matières concernées (1) et sur la minoration ou sur l'occultation des risques que fait courir l'imposition de ces limites quant aux bénéfices ayant justifié le développement du contrôle concret (2).

1 : Allégation de particularismes

290. **Exceptionnalismes** Pour justifier le rejet du contrôle concret, il est souvent argué qu'une matière se distingue trop des autres pour que le contrôle, possible ailleurs, puisse y être pratiqué. Constitueraient des branches du droit nécessitant une exemption particulière la procédure (a), l'appréciation par le juge de l'indemnité de licenciement (b) et la propriété (c).

a : Particularisme de la procédure

291. **Allégation d'un particularisme de la procédure** La justification d'une limite quant à la matière imposée au contrôle de proportionnalité pourrait se justifier par le particularisme de la matière en question. Le domaine du droit considéré présenterait des spécificités, dans ses fonctions ou dans sa technique, qui justifieraient qu'un outil destiné à être utilisé de manière générale soit ici inapproprié. De tels arguments ne s'opposeraient pas au contrôle concret dans sa globalité, mais soutiendraient qu'un domaine du droit doit faire exception et n'y être pas soumis.

La 2^e Chambre civile de la Cour de cassation, compétente en matière de procédure, utilise explicitement un tel argument pour rejeter le contrôle concret. Elle allègue en effet d'une « *spécificité des droits de procédure* »¹ qui justifierait que son contrôle de conventionnalité soit seulement *in abstracto*. Cette spécificité tiendrait « *à la place déterminante, prédominante, qu'y*

¹ Pireyre (Bruno), (*dir.*), *Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation*, publiée en annexe au Rapport 2020 du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, p. 15 et s.

occupent les impératifs du principe de sécurité juridique qui impose que les « règles du jeu » gouvernant le procès soient connues des parties d'une façon suffisamment précise, claire et prévisible »¹. Un tel argument est largement repris en dehors des magistrats de la Cour de cassation. Madame Fricero relève par exemple que « la Cour de cassation met en œuvre un contrôle *in abstracto* de proportionnalité qui s'inscrit dans le principe de sécurité juridique et dans l'égalité des justiciables devant des règles procédurales prévisibles, accessibles et lisibles »², puisque le contrôle *in abstracto* « limite les aléas de réponses divergentes »³ par rapport à une appréciation *in concreto*. Madame Amrani-Mekki invoque également l'exigence de sécurité juridique pour expliquer le rejet du contrôle concret concernant les règles de procédure, expliquant que, s'il en allait autrement, « toute la procédure civile pourrait être revisitée à chaque espèce »⁴, puisqu'« appliquer le contrôle de proportionnalité dans le domaine de la procédure civile conduirait assez naturellement à remettre en cause dans chaque espèce l'application des règles de procédure qui sont constituées de délais et de sanction aux effets *in concreto* potentiellement disproportionnés »⁵. En résumé, l'introduction d'un contrôle concret de conventionnalité pourrait « ravager les dispositions du Code de procédure civile »⁶. Dans le but de rassurer sur le déficit que le rejet du contrôle concret peut faire craindre quant à l'effectivité des droits fondamentaux, il est par ailleurs affirmé que la 2^e Chambre civile procède à « une interprétation de la norme interne en conformité ou à la lumière de la norme conventionnelle européenne »⁷. L'objectif est d'interpréter « les textes de procédure civile de façon à en rendre l'application intrinsèquement conforme aux exigences du droit à un procès équitable »⁸ puisque ce serait une particularité du droit procédural que de devoir répondre « par lui-même, en soi, aux exigences du droit à un procès équitable »⁹.

292. Critique de l'allégation

Sans se prononcer sur la question de la spécificité d'un droit, qui semble relever autant de la sémantique que de l'analyse véritable de cet ensemble

¹ *Ibidem*.

² Fricero (Natalie), « Contrôle de proportionnalité et charges procédurales en appel », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2021, n°41, p. 1050.

³ *Ibidem*.

⁴ Amrani-Mekki (Soraya), « Quelle place pour le justiciable devant les Cours suprêmes », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°42, p. 41.

⁵ Amrani-Mekki (Soraya), « Le défaut de notification de la déclaration d'appel à l'avocat de l'intimé constitué après l'avis 905 n'est pas sanctionné », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2018, n°28, p. 75.

⁶ Amrani-Mekki (Soraya), « L'hospitalisation d'un avocat n'étant pas une cause d'interruption de l'instance, elle n'a pas d'effet sur le cours du délai de l'article 908 du CPC », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n°17, p. 76.

⁷ Pireyre (Bruno), (*dir.*), *Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation*, publiée en annexe au Rapport 2020 du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, p. 15 et s.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

de règles, les arguments ici invoqués ne sont pas exempts de critique. La sécurité juridique, en effet, est un principe général qui ne se limite heureusement pas aux règles de procédure¹, mais est proclamé avec un haut degré de généralité, que ce soit par les juridictions de l'ordre interne², de l'Union européenne³ ou du Conseil de l'Europe⁴. Il ne paraît guère convaincant de dire que la sécurité juridique implique le rejet du contrôle concret en matière de procédure, car cela impliquerait que cette exigence ne s'applique pas aux autres branches du droit où le contrôle est pratiqué. Au contraire, si l'exigence de sécurité juridique conduit à rejeter le contrôle concret en matière de règles de procédure, sans doute faudrait-il s'interroger sur la pratique de ce contrôle en général.

La chose est particulièrement visible en considérant les règles de prescription, qui n'appartiennent pas formellement aux règles de procédure, et qui sont largement soumises au contrôle de proportionnalité. La sécurité juridique est pourtant à leur fondement, puisque les règles de prescription permettent au temps de « *consolide[r] les situations de fait* »⁵ et d'« *érode[r] les obligations* »⁶, le but commun étant de permettre à l'écoulement du temps de stabiliser une situation, quoique les effets produits par la prescription soient moins vigoureux, étant donné que l'impossibilité pour le juge de la relever d'office la ravale au rang des intérêts privés. Madame Martinel, alors Doyen de la 2^e Chambre, justifie l'absence de contradiction dans cette différence de contrôle entre les règles de procédure et les règles de prescription en

¹ La sécurité juridique est « *une des fins principales à laquelle tend toute codification* », rappelait Malaurie à l'occasion du bicentenaire du Code civil. L'auteur s'empresse de préciser qu'il s'agit, dans une certaine mesure, d'un « *mythe* » et d'une « *utopie* ». Malaurie (Philippe), « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1, spécialement n°8. Elle doit cependant se conjuguer avec d'autres impératifs, étant rappelé que ce principe « *érige la forme en fin première, négligeant la substance même des règles de droit* » (Molfessis (Nicolas), « Les “avancées” de la sécurité juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2000, p. 660).

² Conseil d'État, 24 mars 2006, n°288460, 288465, 288474, 288485, arrêt Société KPMG et autres, note Landais (Claire) et Lenica (Frédéric), « Sécurité juridique : la consécration », *Actualité juridique de droit administratif*, 2006, p. 1028 ; Cassia (Paul), « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2006, p. 1190 et Encinas de Munagorri (Rafael), « Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le Conseil d'État exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2006, p. 527.

³ La Cour de justice des communautés européennes (6 avril 1962, n°13-61, affaire *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Robert Bosch GmbH et autres*) a érigé la sécurité juridique en « *principe général* ».

⁴ La Cour européenne des droits de l'Homme (5 octobre 2017, n°32269/09, affaire *Mazzeo c/Italie*, note Leborgne (Anne), *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1223) juge que « *l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques (...), lequel tend notamment à garantir aux justiciables une certaine stabilité des situations juridiques ainsi qu'à favoriser la confiance du public dans la justice* » (paragraphe n°35), et que « *ce principe est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit* » (paragraphe n°36). Ce n'est là qu'un développement de la formule employée dès 1979, posant que le principe de sécurité juridique est « *nécessairement inhérent au droit de la Convention* » (Cour européenne des droits de l'Homme, 13 juin 1979, n°6833/74, affaire *Marckx c/ Belgique*, spécialement paragraphe n°58). Sur ce sujet, voir Ripoche (Elléa), « Les divergences de jurisprudence devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'émergence d'un droit à une jurisprudence équitable », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 25.

⁵ Bruschi (Marc), entrée « Prescription » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

⁶ *Ibidem*.

relevant que le contrôle concret des règles de prescription « *s'inscrit dans un champ particulier, celui de l'état des personnes et de la filiation, particulièrement sensible s'agissant du respect des droits fondamentaux* »¹. Un tel argument est gênant, car les droits fondamentaux ont vocation à surplomber toutes les règles de droit pour bénéficier effectivement aux individus afin de les protéger. Le fait qu'ils soient particulièrement utilisés dans un contentieux spécifique ne justifie pas leur exclusion dans d'autres matières. L'argument peut d'ailleurs être retourné : en retenant que les droits de procédure ne constituent pas un champ particulièrement sensible s'agissant du respect des droits fondamentaux, un important chamboulement provenant de la pratique du contrôle concret serait d'autant moins à craindre. En effet, le contrôle de proportionnalité serait hors de propos sans que la 2^e Chambre ait besoin de refuser de le pratiquer si les droits fondamentaux ne devaient pas se concrétiser dans les droits de procédure.

293. **Invocation incohérente avec cette position de la proportionnalité par la Cour** Ce rejet du contrôle en droit processuel au motif de l'exigence de sécurité juridique est d'autant plus incompréhensible que la 2^e Chambre civile, contrôlant la validité de la caducité prononcée à l'encontre d'un appelant ayant sollicité l'aide juridictionnelle tandis que les textes du Code de procédure civile ne dotaient pas cette demande d'un effet interruptif des délais de dépôt des conclusions, a pu évoquer une « *atteinte au principe de sécurité juridique [ayant eu] pour effet de restreindre, de manière disproportionnée au regard des objectifs de célérité et de bonne administration de la justice que ce texte poursuivait, le droit d'accès effectif au juge des requérants qui sollicitent l'aide juridictionnelle après avoir formé une déclaration d'appel* »², pratiquant une sorte de contrôle de proportionnalité abstrait en contemplation de l'exigence de sécurité juridique. Cela étonne, alors que le recours au contrôle de proportionnalité ne paraissait pas nécessaire là où une « *atteinte au droit d'accès au juge résultait d'abord de la situation impossible dans laquelle est placé le plaideur dont on exige qu'il accomplisse les diligences procédurales sans attendre la réponse à sa demande d'aide juridictionnelle* »³ appréciée abstraitement aurait été plus appropriée. La convocation par la 2^e Chambre d'un contrôle de

¹ Martinel (Agnès) « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la cour de cassation en matière de procédure civile », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 60 et s.

² Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 19 mars 2020, n°18-23.923 et 19-12.990, Note Cayrol (Nicolas), « “Ce qui tombe sous le sens rebondit ailleurs” ». À propos du droit d'accès effectif au juge des personnes qui sollicitent l'aide juridictionnelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 453 ; Touati (Nina), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 2198.

³ Cayrol (Nicolas), « “Ce qui tombe sous le sens rebondit ailleurs” ». À propos du droit d'accès effectif au juge des personnes qui sollicitent l'aide juridictionnelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 453. Pour Monsieur Cayrol, ce recours au contrôle de proportionnalité proviendrait du fait que c'était le premier moyen invoqué au pourvoi.

proportionnalité qu'elle refuse de concrétiser là où cet outil procédural n'était pas approprié interroge sur la cohérence de son refus. Par ailleurs, la jurisprudence de la 1^{re} Chambre civile recourt parfois à un contrôle de proportionnalité *in concreto* pour s'assurer de l'absence d'atteinte « *disproportionnée aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime* »¹, brouillant un peu plus le rapport entre sécurité juridique et proportionnalité.

Il ressort de cela que si l'exigence de sécurité juridique justifie le rejet du contrôle concret en matière de procédure, il est alors nécessaire de rejeter le contrôle concret de manière générale. Au contraire, si des arguments permettent de soutenir que, de manière générale, la réduction de la sécurité juridique qu'entraîne indubitablement le contrôle de proportionnalité est acceptable en raison des bénéfices procurés, il n'est guère de raisons qu'il n'en aille pas de même en matière de procédure. La même chose peut être dite concernant l'invocation du principe d'égalité pour rejeter le contrôle concret du barème de fixation de l'indemnité de licenciement.

b : Particularisme de l'appréciation par le juge de l'indemnité de licenciement

294. Invocation particulière de l'égalité devant la loi Les arrêts de la Cour de cassation rejetant la réalisation d'un contrôle de proportionnalité des barèmes établissant le plancher et le plafond d'indemnisation en matière de licenciement -et surtout le communiqué de presse qui en fait l'exégèse- permettent de voir que cette solution de rejet, « *loin d'être acquise* »² a notamment été retenu en raison de l'égalité des citoyens devant la loi garantie par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen³.

295. Problème de l'allégation Si, comme cela a été relevé, ce rejet du contrôle concret est tout à fait concevable, « *comme celle inverse aurait également pu l'être, semble-t-il, tant la manière dont il convenait d'entendre la référence à une « indemnité adéquate » était*

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 21 septembre 2022, n°21-50.042, Note Leroyer (Anne-Marie), « La "jurisprudence nouvelle" non rétroactive à propos de la délégation d'autorité parentale », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 877 ; Barba (Maxime) et Millerioux (Guillaume), « La délégation adoptive polynésienne sous le regard de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2022, p. 2134 ; Le Boursicot (Marie-Christine), « Clap de fin pour la pratique polynésienne de la délégation d'autorité parentale en vue d'adoption », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n°11, p. 167 ; Deumier (Pascale) « La modulation de la jurisprudence et la foi accordée au droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2023, p.63. La Cour recourt ici au contrôle concret pour vérifier que l'application, par nature rétroactive, d'un revirement de jurisprudence sur la coutume polynésienne de la fa'a'amu, ne porte pas une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique à laquelle les personnes impliquées ont droit.

² Mouly (Jean) et Marguénaud (Jean-Pierre), « Le barème Macron dans les griffes du droit européen des droits de l'homme », *Droit social*, Dalloz, 2023, p. 14.

³ Le communiqué indique que le contrôle de proportionnalité « *porterait atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la loi, garanti à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789* ». Cour de cassation, communiqué de presse du 11 mai 2022, « Barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse », <https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/9895>.

malléable »¹, l'utilisation de cet argument en particulier pose un véritable problème de cohérence entre les différentes chambres de la Cour de cassation. Il ne semble en effet pas s'agir d'un argument spécifique, justifiant que le contrôle soit impossible ou inopportun concernant la question du barème, ou plus généralement le contentieux social, mais d'un argument à large spectre -quoiqu'il donne une « *signification très étroite au principe d'égalité devant la loi* »²-questionnant le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. De fait, pas plus que la sécurité juridique n'est une considération spécifique au droit processuel, l'égalité devant la loi n'est pas un impératif se limitant au droit du travail, comme en atteste la valeur supra-législative de ce principe. Il en ressort que cet argument ne se contente pas de justifier le rejet *in specie* du contrôle, mais semble critiquer la réalisation de celui-ci par les autres chambres de la Cour de cassation et juges du fond, pareillement tenus de respecter l'égalité des citoyens devant la loi. Comme indiqué par Madame Deumier, il est pour le moins difficile de comprendre en quoi, « *pratiqué en d'autres matières, ce même contrôle porterait moins atteinte à l'égalité devant la loi* »³.

Par conséquent, la Chambre sociale donne ici des arguments à ceux qui critiquent un contrôle qui a marqué la jurisprudence de plusieurs autres chambres cette dernière décennie, semblant condamner « *toute mise en œuvre d'un contrôle in concreto, technique attentatoire par nature (...) au principe d'égalité* »⁴, pouvant avoir pour résultat de ne pas appliquer à une situation d'espèce une loi pourtant applicable.

S'arrêter sur le constat que le développement de cette argumentation par la Chambre sociale pourrait être le signe d'un désaccord entre chambres sur la réalisation du contrôle *in concreto* est si inquiétant qu'il faut imaginer d'autres explications.

296. Tentative de rationalisation L'hypothèse que la Chambre sociale ait entendu limiter la pratique du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes aux droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales peut être formulée. Si cette limitation n'est nullement de l'essence de l'outil⁵ et a été démentie par des magistrats de la Cour de cassation -y compris semble-t-il dans la présente

¹ Riancho (Simon), « Barème dit « Macron » : la conventionnalité affirmée à l'aune de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT », *Bulletin Joly Travail*, Lextenso, 2022, n°6, p. 16.

² Wolmark (Cyril), « Barème Macron : les prémisses de l'arrêt n° 21-14.490 du 11 mai 2022 », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2022, p.361.

³ Deumier (Pascale), « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575.

⁴ Melleray (Fabrice), « Vertige du contrôle de conventionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 1001.

⁵ *Supra* n°253 et s.

affaire, qu'ils soient du parquet¹ ou du siège²- et des auteurs³, il est vrai que le mémento élaboré par la Cour sur la technique du contrôle ne l'envisage qu'au prisme de la Convention européenne⁴, et que la Cour ne s'est pas aventurée beaucoup plus loin jusqu'à maintenant. Cependant, si la Chambre sociale se fonde sur cet argument, elle ne semble nulle part en faire mention, sinon peut-être, de manière très incidente, dans le communiqué de presse accompagnant les arrêts⁵. De plus, cet argument met à mal la cohérence du contrôle, obérant son développement futur et faisant passer son développement passé pour une simple mise en conformité forcée avec la jurisprudence strasbourgeoise, renvoyant « *l'image d'une Cour de cassation contrainte de pratiquer un contrôle, sous peine de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme* »⁶.

Une autre hypothèse est que, d'après la Chambre sociale, le juge doit, avant de réaliser un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, vérifier que celui-ci n'est pas susceptible de porter une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant la loi. Autrement dit, il s'agirait « *d'opérer un contrôle de proportionnalité in abstracto du contrôle de proportionnalité in concreto* »⁷.

¹ L'Avocat générale Berriat considère (concernant le pourvoi n°21-14.490 ayant donné lieu à l'un des arrêts rendus par la Chambre sociale le 11 mai 2022) dans un avis de rejet que « *cette obligation faite à la Cour de cassation [de contrôler la conformité concrète de la loi aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme] n'implique pas qu'elle ne puisse pas vérifier concrètement la conformité d'une norme à l'égard d'autres engagements internationaux* » (p. 12). En appui, il est relevé que « *ce contrôle de proportionnalité est une composante du contrôle de conventionnalité, ou contrôle de conventionnalité in concreto qui découle de l'article 55 de la constitution* » (p. 12). Il en conclut que « *juridiquement, rien ne permettrait de justifier que le contrôle de proportionnalité in concreto ne s'effectue qu'au regard de la Convention EDH : ce n'est pas parce que cette Convention garantit des droits fondamentaux que le contrôle de proportionnalité est mis en œuvre, c'est parce la Constitution accorde aux traités internationaux une valeur supérieure à la loi* » (p. 13). Avis disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

² Le rapport des conseillers Prache et Barincou (p. 90) sur le même pourvoi n°21-14.490 ayant donné lieu à l'un des arrêts rendus par la Chambre sociale le 11 mai 2022 définit le contrôle de proportionnalité comme consistant à vérifier « *qu'une norme de droit interne, ou que l'application de cette même norme, ne conduisent pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit, notamment un droit fondamental garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, au regard du but légitime poursuivi par cette règle* » (nous soulignons). La suite du rapport fait cependant une large part aux arguments contraires, provenant notamment d'une intervention d'*amicus curiae* du MEDEF soutenant l'inapplicabilité en l'espèce d'un contrôle devant se limiter aux droits garantis par la Convention européenne. Rapport disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

³ *Supra* n°255.

⁴ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018.

⁵ Dans un encadré « Repère », le communiqué définit le contrôle de conventionnalité *in concreto* en indiquant que « *il est admis que le juge national peut écarter une norme de droit interne si son application porte une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* ». Cour de cassation, communiqué de presse du 11 mai 2022, « Barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse », <https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/9895>.

⁶ Deumier (Pascal), « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575.

⁷ Bergère-Mestrinaro (Clément), « Un arrêt qui coule de source(s) », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n°18, p. 1.

Ce byzantinisme complexifie beaucoup trop le tableau, un minimum de simplicité et d'intelligibilité du système étant nécessaire¹. Cela est d'autant plus regrettable que l'invocation du principe d'égalité semble avoir un goût amer pour ceux qui commentent l'arrêt sous l'angle du droit social, étant relevé que « *c'est au nom de la protection des travailleurs que l'on entreprend de les priver (...) de leurs droits les plus élémentaires* »², étant évident que « *les salariés ne veulent pas l'équité dans l'Injustice ; ils veulent la Justice dans l'équité* »³. L'invocation du particularisme d'une matière qui justifierait que le contrôle concret y soit abordé différemment semble critiquable également s'agissant du droit de propriété.

c : Particularisme de la propriété

297. Invocation d'un particularisme de la propriété La jurisprudence de la Cour de cassation sur le contrôle de proportionnalité en matière de propriété est beaucoup plus nébuleuse que celle portant sur les règles de procédure. Cependant, si un refus du contrôle n'est pas clairement assumé, l'affirmation qu'il ne peut déboucher sur un autre résultat que la restauration du propriétaire dans son droit semble, comme pour la procédure, trouver sa racine dans une conception du droit de propriété qui placerait ce « *droit si puissant* »⁴, à part. C'est Monsieur Jamin qui se livre le mieux à cette analyse, au sens psychanalytique du terme, de la conception de la propriété qu'implique la jurisprudence de la Cour. Pour lui, la Cour de cassation est « *imprégnée du caractère absolu du droit de propriété* »⁵, établissant une sorte de « *prééminence du droit de propriété* »⁶. Pour l'auteur, tout se passe comme si « *le droit de*

¹ Des explications alternatives et plus spécifiques étaient envisageables. Par exemple, pour Messieurs Loiseau et Sauvage, il serait possible d'interpréter l'exigence d'une indemnisation « *adéquante* » posée par la norme de contrôle de l'Organisation internationale du travail comme permettant aux États parties de fixer un barème, privant les juridictions du « *pouvoir de contrôler l'adéquation des mesures à ce que l'État partie à la Convention a estimé pourvoir à une réparation appropriée du préjudice subi par les salariés dont le licenciement est injustifié* », rendant impossible toute disproportion *in concreto* (Loiseau (Grégoire) et Sauvage (Jacques-Frédéric), « Barème d'indemnité : en revenir au droit », *Bulletin Joly Travail*, Lextenso, 2021, n°5, p.12). Une telle faculté du législateur de mettre certaines lois hors de contrôle est, plus généralement, présentée par Madame Deumier (Deumier (Pascale), « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575) citant M. Chénéde pour qui les lois « *de détermination* », c'est-à-dire fixant des dispositions précises (tarifs de peine, délais, barèmes et autres fourchettes) auraient une « *singularité [qui en] impose l'application uniforme* ». Leur contrôle concret serait ainsi rendu sans objet par leur compatibilité lors du du contrôle abstrait (Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142). Une telle conception donne toutefois un bien large pouvoir de neutralisation du contrôle au législateur, dès lors qu'il s'agit d'un mécanisme vérifiant le respect de la hiérarchie des normes.

² Adam (Patrice), « Abracadabra : le magicien et le barème », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 739.

³ *Ibidem*.

⁴ Rochfeld (Judith) (dir.), *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019, p. 103.

⁵ Jamin (Christophe), « Le principe de proportionnalité : une acclimatation difficile », in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, Association droit et procédure, p. 13 et s.

⁶ *Ibidem*.

propriété pouvait ressembler aux droits absolus de la CEDH (tel le droit au respect de la vie) »¹, faisant référence aux rares droits dont la Cour européenne des droits de l'Homme indique qu'ils ne peuvent souffrir d'ingérence². Cette perception viendrait du fait que « certains principes de notre droit [sont] énoncés par le législateur en des termes si nets, et apparemment si forts, que les juges auraient bien du mal à en modifier la portée »³, et serait donc portée par le mot « sacré »⁴ utilisé pour qualifier la propriété, ou par l'affirmation redondante du fait qu'il s'exerce de la manière « la plus absolue »⁵.

298. **Critique** Cet attachement « à une conception absolutiste de la puissance de la propriété »⁶, à l'origine de la politique jurisprudentielle élaborée concernant le contrôle de proportionnalité en matière de propriété, serait pourtant injustifié, puisque la propriété constitue « un droit absolument relatif »⁷. De fait, les textes cités *supra* comme proclamant et détaillant le droit de propriété ne font pas mystère du fait qu'il s'exerce dans les bornes fixées par la loi⁸, ce dont l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel convaincra les plus réticents⁹. Les nombreux manuels écrits sur le sujet ne font d'ailleurs pas mystère auprès des étudiants de cette relativité de l'absolutisme¹⁰.

¹ *Ibidem*.

² Le meilleur exemple de droit absolu au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme est sans doute la prohibition de la torture, portée par l'article 3. Son caractère absolu se comprend à la lecture du texte, alors que l'article 2 paragraphe 1 consacrant le droit à la vie énonce des limitations concernant la peine de mort qui ne se dissipent qu'avec l'adjonction des protocoles additionnels n°6 et 13.

³ Jamin (Christophe), « Le principe de proportionnalité : une acclimatation difficile », in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, Association droit et procédure, p. 13 et s.

⁴ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, article 17.

⁵ Code civil, article 544.

⁶ Rochfeld (Judith) (dir.), *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019, p. 103.

⁷ Scaboro (Romain), « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et ville*, Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement, 2013, n°76, p. 237 et s.

⁸ Le second membre de phrase de l'article 544 du Code civil, au début redondant et catégorique, indique que ce droit le plus absolu s'exerce « *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements* ». De même, le second paragraphe du 1^{er} article du 1^{er} protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dispose que « *les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ».

⁹ Comment ne pas voir la validation des nationalisations comme rendant intenable une conception absolutiste au sens strict du droit de propriété (Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, n°81-132 DC, spécialement n°20) ? Par ailleurs, le même conseil, considérant l'évolution des « *limitations exigées au nom de l'intérêt général* » imposées au droit de propriété, indique que c'est à leur lumière « *que doit s'entendre la réaffirmation par le préambule de la constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété* » (Conseil constitutionnel, 25 juillet 1989, n°89-256 DC, spécialement n°18).

¹⁰ Monsieur et Madame Leveneur écrivent par exemple que « *si le droit de propriété est individuel, son exercice est social en ce qu'il prend en compte, dans une certaine mesure, l'intérêt des autres. Il ne saurait en aller autrement (...) [dans] la vie en société* » (Leveneur (Laurent) et Mazeaud-Leveneur (Sabine), *Droit des biens, Le droit de propriété et ses démembrements*, LexisNexis, 2021 (1^{re} édition), n°90). De même, Messieurs Terré et

Par ailleurs, il faut se méfier de l'allégation selon laquelle certains textes de loi, du fait de la solennité avec laquelle ils sont écrits, auraient une quelconque valeur au-delà de leur place dans la hiérarchie des normes ou une protection contre les évolutions voulues par le législateur en rappelant que « à l'époque du Code civil vous aviez une autre institution, aussi sacrée que le droit de propriété et dont elle était la fille incestueuse, c'était la famille »¹. Or, la solennité des proclamations n'a pas empêché le droit de la famille de connaître des changements paradigmatiques tout au long du XXe siècle, et d'être encore aujourd'hui le théâtre de réformes régulières. En conséquence, l'Avocat général Sturlèse constate que « la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation se fonde sur une conception surannée et inadaptée à notre monde contemporain, sur la fiction de la survivance d'une conception absolutiste du droit de propriété »². Il note d'ailleurs que la sanction du droit à la démolition en matière d'empiètement « n'est nullement inscrite dans la loi »³, justifiant d'autant moins que celle-ci soit invoquée pour justifier que le droit de proportionnalité prévale sans analyse sur des droits fondamentaux.

Il apparaît donc que cette « essentialisa[tion de] la figure du propriétaire-souverain »⁴ puisse ne pas justifier que le contrôle de proportionnalité soit considéré différemment lorsqu'il est question de droit de propriété.

2 : Appréciation insuffisante des risques

299. Risque d'un contrôle accru de la Cour européenne Les fondements invoqués pour mettre en place des limites *ratione materiae* au contrôle dit de proportionnalité sont susceptibles de recevoir des critiques. Il en est de même des limitations plus générales qui seraient justifiées par les craintes suscitées par le développement du contrôle, tel une multiplication du contentieux. Ainsi, invoquer ce motif pour mettre « hors contrôle »⁵ certaines

Simler, rappelant qu'il faut lire l'article 544 jusqu'au bout, s'interrogent : « La formule n'est-elle pas hypocrite voire contradictoire ? Ne reprend-on pas d'une main ce qu'on a de l'autre attribué ? », rappelant que « même au temps de la rédaction du Code civil et d'un libéralisme juridique à son apogée, nombreuses étaient déjà les limitations apportées par les collectivités à la plénitude du droit de propriété privée » (Terré (François) et Simler (Philippe), *Les biens*, Dalloz, 2018 (10^e édition), n°144).

¹ Saumon (Olivier), « Le principe de proportionnalité est-il un art du compromis ? » in Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, association droit et procédure, p. 27 et s

² Sturlèse (Bruno), « Le contrôle de proportionnalité en droit immobilier : beaucoup de bruit pour pas grand-chose ! », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 125.

³ *Ibidem*.

⁴ Chazal (Jean-Pascal), « Droit de propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 763.

⁵ Fulchiron (Hugues), « La conventionnalité *in abstracto* ne dispense pas d'un contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2019, n°12, p. 31.

règles irait « à l'encontre du principe même de ce contrôle »¹. Plus globalement, il semblerait que les limitations apportées au contrôle de proportionnalité, que cela soit de manière générale ou en matière de procédure et de propriété, soient risquées. Elles pourraient en effet remettre en cause le bénéfice apporté par l'adoption du contrôle dans le système français. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme réalise un contrôle léger des décisions de droit interne pratiquant un contrôle de proportionnalité², étant donné qu'elle considère que ce contrôle concret, nécessaire à l'effectivité des droits garantis, doit être effectué par le juge national en vertu du principe de subsidiarité. À l'inverse, lorsqu'il est impossible aux requérants d'obtenir dans l'ordre interne un contrôle de conventionnalité concret, la Cour de Strasbourg peut considérer les voies de recours internes épuisées avant que les juridictions compétentes n'aient été saisies, une procédure ne présentant pas la possibilité d'un contrôle de proportionnalité pouvant dans certains cas être vouée à l'échec.

Dans le cas des règles de procédure ou en matière de propriété, la Cour européenne pourrait parfaitement considérer les voies de recours internes épuisées à un stade peu avancé de la procédure, et accueillir les requêtes pour réaliser elle-même un contrôle de proportionnalité. La faculté des juges français à appliquer la loi nationale dans le respect des droits fondamentaux s'en trouverait affectée. C'est ce que pointe Monsieur Marguénaud dans le cas du juge administratif, soulignant que l'arrêt Charron et Merle-Montet de la Cour européenne³ serait « une sérieuse mise en garde contre les risques européens qu'entraînerait une limitation de la portée et de l'ampleur du contrôle de proportionnalité in concreto que le Conseil d'État pourrait bien avoir amorcée par son arrêt Molénat du 28 décembre 2017 relatif à l'anonymat du donneur de gamètes »⁴. À propos de cet arrêt Molénat, il a plus généralement été relevé que « rien ne permet de considérer qu'il remplit les exigences précédemment relevées par la Cour européenne »⁵, pointant le risque que la Cour européenne ne doive réaliser un contrôle substantiel.

¹ *Ibidem*. De même, pour Monsieur Edouard, ces limites « confèreraient une immunité partielle à la norme qui se comprend assez peu du point de vue de la hiérarchie des normes » (Edouard (Cédric), *Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2022, n°120).

² Voir n°202 et s.

³ Cour européenne des droits de l'Homme, 16 janvier 2018, n°22612/15, affaire Charron et Merle-Montet c/France.

⁴ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 349.

⁵ Touzé (Sébastien), « L'arrêt Nicolo et la protection internationale des droits de l'Homme », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 124 et s.

300. **Amorce d'un contrôle accru de la Cour européenne en matière processuelle** En

matière processuelle, une telle reprise en main de la Cour de Strasbourg est également possible, celle-ci semblant bel et bien contrôler la conventionnalité concrète des sanctions de procédure. Dans une affaire où la Cour de cassation avait déclaré irrecevable un pourvoi omettant de remettre au greffe une copie de l'acte de signification de l'arrêt attaqué¹, la Cour européenne des droits de l'Homme retient une violation de l'article 6-1 au motif que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, (...) la Cour de cassation a fait preuve d'un formalisme excessif en ce qui concerne l'application de l'exigence procédurale litigieuse* »².

Plus récemment, le même « *excès de formalisme* »³ est invoqué pour conclure à la disproportion de l'irrecevabilité du recours en annulation d'une sentence arbitrale sanctionnant la transmission de cette demande par un papier remis au greffe alors qu'elle aurait dû être déposée par le biais du RPVA, bien que le réseau privé virtuel ne propose pas d'onglet idoine. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg réalise un véritable contrôle de proportionnalité de la sanction procédurale au regard des exigences du droit au procès équitable garanti par l'article 6⁴, lui permettant d'éviter que la technique procédurale ne devienne à tort « *la finalité de l'instance* »⁵. Par conséquent, cet arrêt « *pourrait grandement influencer la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile* »⁶, rendant un peu plus manifeste le caractère fragile

¹ Ce qu'exigeait l'article 979 du Code de procédure civile dans sa rédaction en vigueur à l'époque (version de l'article à la suite de sa modification par le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008, antérieurement au Décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014).

² Cour européenne des droits de l'Homme, 5 novembre 2015, n°21444/11, affaire Henrioud c/France, Note Bolard (Georges), « La Cour européenne des droits de l'homme et les formes de procédure », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1245.

³ Cour européenne des droits de l'Homme, 9 juin 2022, n°15567/20, affaire Xavier Lucas c/France (particulièrement paragraphes n°57 et 58), Note Amrani-Mekki (Soraya), « Haro sur le formalisme excessif ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n°25, p. 34 ; Eudier (Frédérique), *AJ Famille*, Dalloz, 2022, p. 353 ; Clay (Thomas), *Recueil Dalloz*, 2022, p. 2330 ; Égéa (Vincent), « Haro à Strasbourg sur l'excès de formalisme », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n°9, p. 122 et Milano (Laure), « La Cour de cassation condamnée pour son formalisme excessif », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2022, n°25, p. 785. Voir déjà Cour européenne des droits de l'Homme, 5 avril 2018, n°40160/12, affaire Zubac c/Croatie, particulièrement le paragraphe 97 qui rappelle en Grande chambre que le formalisme excessif « *peut résulter d'une interprétation particulièrement rigoureuse d'une règle procédurale, qui empêche l'examen au fond de l'action d'un requérant et constitue un élément de nature à emporter violation du droit à une protection effective par les cours et tribunaux* ».

⁴ D'après la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation, ce contrôle demeure toutefois abstrait, ne remettant pas en cause son refus de la concrétisation du contrôle des règles de procédure. D'après le Recueil annuel des études 2023 (p.33 et s.), les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme relatives au contrôle du caractère excessif du formalisme se rapprochent d'un contrôle *in concreto*, cette appréciation ayant « *pour l'essentiel, un caractère objectif en tant qu'elle participe de standards favorisant et privilégiant un raisonnement in abstracto* » (p. 40).

⁵ Égéa (Vincent), « Haro à Strasbourg sur l'excès de formalisme », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n°9, p. 122.

⁶ Amrani-Mekki (Soraya), « Haro sur le formalisme excessif ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n°25, p. 34.

de son rejet catégorique du contrôle concret en matière processuelle¹. Il illustre en tout cas que le refus du contrôle est dangereux, risquant de laisser les matières où il est prononcé à la merci de la jurisprudence de la Cour européenne, alors qu'un contrôle du juge national concluant à la proportionnalité de la sanction aurait eu toutes ses chances d'être validé par le juge strasbourgeois.

301. Danger de contagion du flou du contrôle en matière de propriété Il l'est encore plus là où le flou est entretenu, comme c'est le cas en matière de droit de propriété. En produisant une motivation ayant l'apparence d'un contrôle sans en avoir la substance, la Cour de cassation pourrait en effet instiller le doute sur la réalité de son contrôle de proportionnalité en général. La Cour européenne, dans le but d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux, serait alors forcée de contrôler avec plus d'attention des affaires où le contrôle est pourtant bel et bien réalisé par le juge français, afin de vérifier la substance de ce contrôle. Le bénéfice en termes de défense de la marge nationale d'appréciation conféré par l'adoption du contrôle de proportionnalité serait de ce fait perdu, sans que les craintes entourant le contrôle ne soient aucunement dissipées en l'absence d'un rejet affirmé de celui-ci. C'est « *le travail de rééquilibrage entrepris par la Cour et par le juge interne autour du principe de subsidiarité qui serait remis en cause* »². Pour cette raison, il « *conviendrait, tout d'abord, que les juridictions nationales s'emparent du contrôle de proportionnalité dans sa plénitude [en évitant] de placer des règles "hors contrôle", comme l'a fait le Conseil d'État dans l'arrêt Molénat, ou comme l'a fait, mutatis mutandis, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, à propos du droit de propriété* ».³

302. Danger des limites quant aux pouvoirs du juge Ces limitations sont également questionnables quant à leurs implications en matière de pouvoir du juge, question qui semble pourtant inquiéter au plus haut point ceux qui critiquent le contrôle concret. En laissant le juge établir des matières insusceptibles de contrôle au nom de « *la nature ou de la*

¹ Un indice laisse à penser que la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation aurait bien reçu le message. En effet, là où les prétentions formulées dans les conclusions d'avocat commençant par « dire et juger » se voyaient bien souvent refuser cette qualification par le juge sans que la Cour de cassation n'y trouve rien à redire, donnant lieu à un rejet « *impitoyable* » (Agostini (Frédérique), « Quelle place pour le juge au quotidien ? », *Gazette du Palais*, 2020, Hors-série (16^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine – L'amiable : concevoir et construire), p.14), la Cour juge désormais que la Cour d'appel « *était tenue d'examiner ces prétentions* » au visa de l'article 954 du Code de procédure civile (Cour de cassation 2^e Chambre civile, 13 avril 2023, n°21-21.463). Qu'y voir, sinon la condamnation d'un formalisme excessif ?

² Fulchiron (Hugues), « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 649.

³ *Ibidem*.

finalité de la norme »¹, elles semblent de ce point de vue apporter plus de problèmes que de solutions. Ces restrictions établies par le juge judiciaire en matière de procédure, de licenciement et de propriété et par le juge administratif en matière d'anonymat de donneur de gamètes le chargent d'établir une hiérarchie des valeurs qui ne peut qu'être subjective, ce qui outrepassé son office. Il semble en effet que ceux qui craignent que le contrôle de proportionnalité dote le juge d'un trop important pouvoir vis-à-vis du législateur devraient plus encore craindre de le voir décréter les domaines où les droits fondamentaux sont exclus. Monsieur Petit, qui se félicite pourtant de l'arrêt Molénat², pointe ce risque en s'interrogeant : « *destinée à parer au risque de subjectivisme que comporte le développement du contrôle in concreto, cette jurisprudence ne fait-elle pas apparaître une autre forme de subjectivisme, celle en vertu duquel le juge établit une hiérarchie des valeurs portées par les règles (et donc des règles elles-mêmes)* »³ ? Une telle hiérarchie judiciairement établie serait beaucoup plus subversive et dangereuse que le contrôle concret, puisqu'elle ne se contenterait pas de modérer la loi dans des cas spécifiques, mais se permettrait effectivement de biffer tous les textes garantissant des droits fondamentaux dans un domaine déterminé, une fois passée l'épreuve du contrôle abstrait.

303. Risque d'échappement

Au-delà des risques manifestes qui pèsent sur le système juridique français vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'Homme, il semble que le rejet du contrôle sur certaines matières puisse entraîner des conséquences néfastes y compris abstraction faite du juge strasbourgeois. Le cas de l'absence de contrôle des effets de l'application du barème de fixation de l'indemnité du licenciement sans cause réelle ni sérieuse l'illustre bien.

D'abord, le caractère essentiellement exceptionnel du contrôle concret, impliquant que la conformité abstraite du dispositif critiqué soit établie, ce qui entraîne dans la plupart des cas un constat de conformité concrète sauf circonstances particulières, vient attester de la large

¹ Fulchiron (Hugues), « L'anonymat du donneur de gamète : des règles contestées *in abstracto*, mais incontestables *in concreto* », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2018, n°3, commentaire n°74.

² Il écrit que « *dans certains cas, cette importance [des intérêts dont la protection constitue le fondement de la règle] est telle qu'aucune circonstance particulière ne peut conduire à considérer que, dans un cas concret, l'intérêt propre d'un individu l'emporte sur l'intérêt protégé par la règle (et notamment par un interdit). En d'autres termes, le contrôle de proportionnalité qu'implique le jugement de conventionnalité s'épuise dans le contrôle in abstracto* ». Petit (Jacques), « L'arrêt Nicolo et la nature du contrôle de conventionnalité de la loi », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 177 et s.

³ Petit (Jacques), « L'arrêt Nicolo et la nature du contrôle de conventionnalité de la loi », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 177 et s.

conformité de la loi considérée. L'ouverture du contrôle de proportionnalité « *consacre ainsi le triomphe du barème légal* », étant donné qu'il « *repose sur une reconnaissance de principe de la conventionnalité du barème* »¹. Le rejet du contrôle sur un point de droit particulier vient priver celui-ci de l'affirmation de sa conformité dans le *plerumque fit*.

Si la pratique du contrôle concret est à même d'asseoir l'autorité du barème, son rejet semble à même de la saper. Il est en effet à craindre que, face à l'impossibilité du contrôle concret dans une matière où il est refusé par la Cour de cassation, les plaideurs et les juges soient portés à multiplier les tentatives de contournement de la disposition légale en cause². Un risque d'échappement apparaîtrait alors, la loi se trouvant de moins en moins appliquée dans des cas qui paraissent pourtant se subsumer dans ses prévisions. Le Doyen Carbonnier relevait déjà que lorsque la loi n'accorde pas au juge le pouvoir d'accommoder les situations les plus dures, « *on peut prédire qu'il se l'arrogera, car le juge est un homme, non pas une machine à syllogismes* »³. En matière de barème de licenciement, cela pourrait par exemple conduire les « *salariés à multiplier les demandes au titre d'un préjudice distinct et surtout de la nullité du licenciement* », donnant lieu à des « *risques d'instrumentalisation de catégories fondamentales du droit* »⁴, réduisant la prévisibilité des instances.

De telles restrictions à la pratique du contrôle concret font courir le risque d'une situation perdant-perdant où les inconvénients du contrôle de proportionnalité demeureraient tout en minorant ses bénéfices. Cela est d'autant plus regrettable qu'elles ne paraissent guère nécessaires.

B : Une utilité à questionner

304. **Adaptabilité de l'outil** Une fois leur pertinence mise en doute, l'utilité des limites imposées au contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est également à remettre en question. Il semble en effet que le contrôle présente, en matière de propriété, un intérêt spécifique et important (1), en plus d'être doté, quel que soit le domaine considéré, d'une plasticité remarquable permettant la prise en compte des exigences particulières relatives à tel ou tel contentieux (2).

¹ Mouly (Jean), « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? », *Droit social*, Dalloz, 2019, p. 234.

² Monsieur Wolmark relève en ce sens que « *certains chercheront à s'affranchir du plafond par l'invocation d'un cas de nullité. D'autres tenteront de contourner le plafond par des demandes de préjudices distincts. On pense notamment au préjudice né de l'inobservation par l'employeur de son obligation de veiller au maintien de la capacité de ses salariés à occuper un emploi* » (Wolmark (Cyril), « Barème Macron : les prémisses de l'arrêt n° 21-14.490 du 11 mai 2022 », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2022, p.361).

³ Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°9.

⁴ Lokiec (Pascal), « L'intouchable barème des indemnités prud'homales », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1088.

305. Débats contemporains

La pratique du contrôle de proportionnalité, pour peu qu'elle prenne fortement en compte les droits du propriétaire, a un intérêt particulier en matière d'empiètement et d'occupation du fonds d'autrui, amoindrissant d'autant plus les justifications de la retenue du contrôle pratiqué. Sur une question à la fois complexe techniquement et sensible en matière de droits fondamentaux, c'est peut-être « *la mise en œuvre d'un contrôle concret qui lui permettrait [à la Cour de cassation] de sortir de l'impasse dans laquelle elle s'est imprudemment engagée* »¹.

L'absolutisme du droit de propriété, qui a conduit la Cour de cassation à rejeter toute pratique du contrôle de conventionnalité concret dans cette matière, est en effet l'objet de débats. La sanction radicale de l'empiètement est en effet discutée de longue date. Sur un plan plus politique, le rôle de la propriété dans la société est également un sujet de controverse, Monsieur Chazal craignant par exemple que celle-ci constitue « *une arme absolue entre les mains de quelques-uns* »², lorsque Monsieur Feldman discerne dans ce propos une « *exécration du droit de propriété* » constituant un « *massacre* » de celui-ci qui met en question « *la civilisation tout entière* »³. Le débat, illustré ici en ses deux extrêmes, est vif, et ne manquera pas d'animer le législateur lorsqu'il s'en saisira. Au terme de ce débat, pourtant, la loi devra trancher, dans un sens ou dans l'autre, ou en tout cas décider d'une solution générale, applicable à toutes les situations considérées.

306. Réforme envisagée

Dans un projet de réforme du droit des biens, en matière d'empiètement, cette décision du législateur pourrait prendre la forme d'un délai réduit pour demander la destruction lorsque l'empiètement ne dépasse pas un certain seuil fixé en centimètres⁴. Il est permis d'être dubitatif concernant l'amélioration que cela apporterait par

¹ Dross (William), « Proportionnalité et expulsion : contrôle abstrait, contrôle concret ou absence de contrôle ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 156.

² Chazal (Jean-Pascal), « La propriété privée : une arme qui doit être contrôlée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 2177.

³ Feldman (Jean-Philippe), « La propriété privée : une garantie de la liberté qui doit être strictement défendue », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 157.

⁴ L'article 539 de la Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens proposé par l'Association Henri Capitant en 2009 et mis à jour en 2019 (sans modification de l'article cité ci-dessous) dispose : « *Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 0,30 mètre, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux. Dans le délai de l'article 2224, commençant à courir à l'expiration de l'action en démolition, le juge peut, à la demande de l'un des propriétaires, transférer la partie du fonds objet de l'empiètement à son bénéficiaire, moyennant une indemnité tenant compte de la valeur du fonds occupé, de la plus-value réalisée grâce à l'empiètement et du préjudice qu'il a causé.* »

rapport à l'état actuel du droit. Monsieur Dross et Madame Mallet-Bricout pointent que permettre explicitement dans certains cas la cession de propriété remettrait en cause l'intérêt exclusivement public pouvant justifier une expropriation, alors que, d'un autre côté, la faculté de demander la destruction dans un délai réduit interroge dans le cas où l'empiétement est fait de bonne foi¹. Madame Boudon relève quant à elle qu'une telle règle ne prend pas en compte le caractère minime de l'empiétement « *ainsi que les circonstances de l'espèce ; il constitue ainsi une donnée posée de manière arbitraire [puisque] il est certain qu'un empiétement de 28 cm sur un petit jardin de 20 m² n'a rien de minime en comparaison avec le même empiétement sur un terrain de plusieurs hectares* »². Plus encore, toute imposition d'une limite chiffrée, quelle qu'elle soit, aura un effet incitatif sur les constructeurs³, permettant d'inclure dans leur calcul des risques le coût d'un empiétement minime sans l'effet prophylactique de la crainte de la destruction.

307. Le contrôle concret, une solution préférable

De ce point de vue, la pratique d'un contrôle de proportionnalité permettrait une meilleure défense du droit de propriété. Prenant en compte tous les éléments de l'espèce (taille des fonds respectifs, nature de l'empiétement, bonne foi de celui qui empiète, incidence de la destruction de l'empiétement sur la construction...⁴), il éviterait toute incitation en maintenant plus clairement affirmé le principe de la destruction de l'empiétement tout en permettant la prise en compte dans la décision des intérêts de l'auteur de l'empiétement. Il éviterait à la loi de perdre sa majesté en la faisant rentrer dans un niveau de détail qui ne peut qu'être générateur d'iniqité, niveau de détail que le juge est seul à même d'exploiter pour faire prévaloir le droit.

¹ Dross (William) et Mallet-Bricout (Blandine), « L'avant-projet de réforme du droit des biens », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2009, p. 508.

² Boudon (Marie-Sophie), « L'empiétement, pour la fin d'une approche moniste », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1964.

³ *Ibidem*.

⁴ La lecture de décisions de justice se livrant à une appréciation concrète d'un empiétement est éclairante sur le factualisme de la matière, et laisse songeur sur la possibilité pour un texte de loi de saisir la complexité et la variété des cas. Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Bastia (Chambre civile A, 18 mars 2015, n°09-01136), plus tard cassé (Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 10 novembre 2016, n°15-19.561, Note Neyret (Laurent) et Reboul-Maupin (Nadège), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 1789, et Dubarry (Julien), « Empiétement et proportionnalité : point d'équilibre ou de rupture ? », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2016, n°48, p. 1271) refusant de prononcer la destruction d'un empiétement de 20 centimètres constitué par un débord de toit en relevant notamment qu'il ressort de l'avis d'expertise que « *le débord de la toiture est indispensable compte tenu de la nature de sa conception ; que ce débord n'est à l'origine d'aucun désordre ni sinistre et que le rectifier alors qu'il englobe le conduit de la cheminée des A. pourrait modifier un équilibre et engendrer des infiltrations dans le mur mitoyen, ce qui serait préjudiciable aux deux parties* ». À propos de cet arrêt, Monsieur Dross relève d'ailleurs que « *les juges n'avaient pas recouvert leur argumentation d'un vernis de droits fondamentaux, mais, sauf le brillant qu'il lui donne, le raisonnement était exactement le même et la disproportion de la sanction était expressément visée* » (Dross (William), « Où en est-on de la sanction de l'empiétement ? Démolition, astreinte, proportionnalité et constitutionnalité », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n° 19, p. 63).

2 : Plasticité du contrôle permettant la prise en compte des exigences particulières

308. **Poids des exigences** La position de la Cour de cassation concernant le contrôle de proportionnalité en matière de règles de procédure et de droit de propriété se justifierait, selon cette juridiction et les commentateurs, par le poids que les juges accordent, dans ces matières spécifiques, aux notions de sécurité juridique et d'égalité des justiciables¹. Ces deux exigences ne sont pourtant aucunement absentes des autres domaines du droit où un contrôle de conventionnalité concret est réalisé de manière assumée. Heureusement, cela n'implique nullement que, dans ces autres domaines, le juge renonce à ces exigences, mais seulement qu'il les concilie avec d'autres exigences défendues par le contrôle de proportionnalité, que sont les droits fondamentaux garantis par des textes de valeur supérieure. La sécurité juridique et l'égalité des justiciables, du reste, ne sont pas ignorées par la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour européenne, et le juge français ne respecterait pas les exigences de la Convention en sacrifiant certains des droits par elle garantis pour en promouvoir d'autres. La conciliation entre ces exigences est par conséquent nécessairement réalisée par le contrôle de conventionnalité concret².

Ces exigences étant consubstantielles au contrôle de proportionnalité, il n'est guère convaincant de les invoquer pour justifier un refus plus ou moins apparent du contrôle, ce qui revient à invoquer un droit fondamental pour en disqualifier un autre sans analyse concrète³. Il est en revanche possible pour le juge de moduler le poids des différentes considérations prises en compte dans la réalisation du contrôle de proportionnalité⁴. Ainsi, dans tel domaine, l'exigence de sécurité juridique serait plus ou moins prise en compte par rapport aux autres considérations présentes, selon les buts spécifiques de tel ou tel corps de règle. Cette prise en compte de toutes les exigences de la situation jugée étant de l'essence du contrôle, une question surgit : « *pourquoi refuser par principe un contrôle in concreto voué de toutes les manières à échouer*

¹ Sur la justification des limites apportées au contrôle *in concreto* dans ces différentes matières et la critique qui doit en être faite, voir *supra* n°290 et s.

² Autrement dit, « *la sécurité est une valeur centrale, mais n'en est pas moins une valeur, qui s'oppose le cas échéant à d'autres valeurs parfois plus impérieuses* ». Goltzberg (Stefan), Chaïm Perelman, *L'argumentation juridique*, Michalon, 2013, p.19.

³ Pour Monsieur Fulchiron, « *on comprend mal pourquoi tel ou tel impératif porté par la règle de droit interdirait à un individu de faire valoir ses droits* ». Fulchiron (Hugues), « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 468.

⁴ Autrement dit, il s'agirait pour le juge, là où « *l'impérativité de la norme est justifiée par un intérêt [qu'il] estime être bien supérieur à celui du justiciable, (...) d'énoncer qu'il pèsera "plus lourd" sur la balance, et donc d'exclure une inapplication circonstanciée* ». Edouard (Cédric), *Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2022, n°125.

et donc inoffensif pour la loi »¹ ?

309. **Accueil du contrôle au succès improbable** Par exemple, chacun peut légitimement s'inquiéter d'un contrôle de proportionnalité qui viendrait « *ravager les dispositions du Code de procédure civile* »², mais cette crainte pourrait s'apaiser suffisamment si le juge accordait une très large place à la prise en compte de la sécurité juridique dans son contrôle de proportionnalité des règles de procédure, permettant en retour une appréciation véritable des faits qui fasse prévaloir les droits fondamentaux.

Il est en effet possible de dire sans contradiction que la sécurité juridique et l'égalité des justiciables doivent charpenter les règles de procédure, mais qu'un cas rarissime où les règles établies par l'autorité réglementaire ne répondraient pas du tout à la situation factuelle pourrait exister. Il pourrait s'agir d'un cas de force majeure, ou d'un usage des règles de procédure dans l'intention de nuire à l'autre partie, étant précisé que la Cour de cassation serait à même de poser un niveau d'exigence tel que la disproportion ne se rencontrerait presque jamais, tout en permettant la réalisation du contrôle concret. Pourquoi alors se priver de l'utilisation de l'outil qui permettrait de faire prévaloir les droits fondamentaux dans une telle situation, ce que le contrôle de proportionnalité permet y compris lorsqu'il ne conclut pas à la disproportion ? L'idée, sans prôner que le contrôle de proportionnalité vienne remettre en cause les règles processuelles, serait seulement de reconnaître la possibilité qu'une situation où le contrôle conclurait à la disproportion puisse exister, reconnaissant seulement avec humilité « *l'imprévisibilité de circonstances exceptionnelles et une certaine faillibilité des intentions du législateur à leur égard* »³.

Il pourra être répondu à cela que, quand bien même le contrôle laisserait largement indemnes les dispositions du Code de procédure civile, l'effort demandé à des juridictions surchargées pèserait trop lourd et obèrerait leur capacité à rendre la justice dans un délai raisonnable. Cependant, en plus de relever que le manque de moyen des juridictions ne doit pas être un motif de non-application des mécanismes de contrôle des droits fondamentaux, il y a fort à penser qu'un contrôle mené avec rigueur, qui écouterait les arguments des demandeurs en y cédant que rarement, faisant prévaloir la règle écrite, éviterait à terme cet engorgement supplémentaire. En effet, la jurisprudence sur le sujet s'étoffant, et les avocats se formant, il apparaîtrait petit à

¹ Deumier (Pascale), « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575.

² Amrani-Mekki (Soraya), « L'hospitalisation d'un avocat n'étant pas une cause d'interruption de l'instance, elle n'a pas d'effet sur le cours du délai de l'article 908 du CPC », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n°17, p. 76.

³ Deumier (Pascale), « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575.

petit que solliciter un contrôle en matière de procédure civile ne doit être qu'une démarche exceptionnelle. Élaborer un moyen demandant un contrôle *in concreto* suppose en effet un véritable effort de construction et d'argumentation, qu'il ne saurait être justifié de déployer en l'absence de chances de succès.

La même réflexion peut être faite en matière de droit de propriété, qui est également garanti par les textes proclamant des droits fondamentaux. Il est en effet impératif, dans ce domaine, de concevoir un contrôle qui ne nie pas les droits du propriétaire, mais permette de considérer ceux de celui qui empiète ou occupe le terrain à ses côtés. Là encore, l'importance de la propriété dans toute société respectueuse des droits fondamentaux ferait que la réalisation d'un contrôle considérerait les droits du propriétaire avec la plus grande attention. Autrement dit, une interrogation surgit : « *pourquoi ne pas ouvrir le contrôle tout en soulignant le poids qu'il convient d'attacher aux intérêts publics et privés, cette mise en balance conduisant à une stricte application de la règle* »¹ ?

Ces solutions permettraient en tout cas d'assurer la cohérence et la lisibilité de l'utilisation du contrôle de proportionnalité en France, en évitant qu'essaiment des particularismes méthodologiques, pour ne prendre en compte que le particularisme des affaires dans l'effectivité des droits fondamentaux. Elles permettraient à l'adoption du contrôle par le juge français de produire ses pleins bénéfices vis-à-vis du juge de l'Europe des droits de l'Homme, qui pourrait faire jouer pleinement le principe de subsidiarité puisque l'effectivité des droits garantis serait analysée dans chaque situation. Au-delà de cette question de concurrence des ordres juridiques, le contrôle de proportionnalité pourrait, en matière de droit de propriété, éviter au législateur de devoir adopter des solutions potentiellement plus attentatoires au droit de propriété que ne le serait un contrôle bien pratiqué.

310. Conclusion de chapitre

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes étant un outil général, il peut être utilisé très largement dans tous les domaines du droit. De ce fait, il paraît difficile de lui imposer des limites, de justifier sa non-utilisation volontaire sur telle ou telle question.

Cela est d'abord vrai concernant les normes supérieures utilisées dans le contrôle pour vérifier que l'application des normes inférieures produit un résultat qui leur est conforme. Le contrôle concret n'étant, dans sa plus simple expression, qu'une modalité de contrôle du respect de la hiérarchie des normes, rien ne vient restreindre de manière convaincante son utilisation avec

¹ Fulchiron (Hugues), « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 468.

certaines traités internationaux, ou seulement avec les traités internationaux. En effet, considérations politiques et philosophiques mises à part, vérifier la conformité d'une loi avec la constitution ou avec un traité relève essentiellement de la même démarche.

C'est surtout vrai concernant les limites tenant à la matière que certains entendent imposer au contrôle, soutenant que cet outil serait applicable pour telle branche du droit et non pour telle autre. Ces limites, quoiqu'elles soient actuellement nombreuses, sont hétéroclites dans leurs justifications qui faillissent toutes à expliquer en quoi la technique du contrôle les imposerait. Ces justifications tentent de défendre la spécificité de telle question en invoquant des principes pourtant généraux, ou formulent une critique générale du contrôle de proportionnalité pour soutenir sa non-applicabilité à la question considérée. Dans tous les cas, la justesse de la critique devrait conduire à rejeter en bloc le contrôle, tandis que sa réfutation devait conduire à l'accueillir largement. Cela est d'autant plus regrettable que le contrôle est suffisamment souple et adaptable pour prendre en compte le poids variable des exigences générales dans des questions particulières.

En présence de cet outil global, qui n'appartient pas à un domaine du droit en particulier, s'il est possible de s'appuyer sur des exemples précis, il semble nécessaire de ne pas procéder à un découpage de la question visant à simplifier le raisonnement. La généralité doit ici être assumée, ce qui conduit à soutenir que, pour éviter de mettre en péril les bénéfices obtenus au moyen de l'adoption du contrôle, il ne faut le refuser dans aucun domaine.

Ces limitations tenant à la matière contrôlée posent par conséquent problème, étant donné qu'elles risquent de produire des effets dangereux. En effet, le flou qu'elles occasionnent, rendant complexe la distinction d'un contrôle véritable avec un contrôle apparent pourrait conduire la Cour européenne des droits de l'Homme à douter de la réalité du contrôle effectué par le juge français et à restreindre le jeu du principe de subsidiarité pour vérifier de plus près le niveau d'effectivité des droits fondamentaux garanti par le système français.

En revanche, le contrôle de proportionnalité trouve en son sein bien des limites restreignant son utilité, lesquelles borneront son terrain d'une manière plus assurée que toute limite imposée de l'extérieur.

Chapitre II : La force des limites intrinsèques

311. **Reconnaissance des limites naturelles** Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, souvent désigné comme le contrôle de proportionnalité, a un très large potentiel d'utilisation. Il est théoriquement applicable partout où les normes sont hiérarchisées, pour vérifier que l'application de la norme inférieure ne produit pas un résultat contraire à ce que la norme supérieure commande. Cette généralité du contrôle est telle que les limitations que les commentateurs et les juges tentent de poser à son utilisation sont critiquables, tant dans leur rationalité que dans leur opportunité.

Le contrôle, pour autant, n'est pas sans limites. Si ses limites ne peuvent être arbitrairement posées dans le but de le contenir, elles apparaissent naturellement, dans l'utilisation qui en est faite. En effet, la pratique du contrôle concret révèle que, s'il est très largement concevable, son efficacité pour produire un effet potentiellement déterminant du résultat de l'instance est beaucoup plus restreinte.

Le degré d'impérativité de la loi paraît être un bon prédicteur de l'efficacité du contrôle, la loi la plus impérative donnant lieu au plus grand intérêt du contrôle (**Section I**). Parallèlement, le contrôle ne semble véritablement intéressant que lorsque le juge intervient pour régler un différend, dans son office le plus classique qui consiste à trancher et à dire le droit. Les mouvements contemporains de déjudiciarisation restreignent ainsi son empire (**Section II**).

Section I : La condition de l'impérativité de la loi

312. **L'utilité de l'impérativité pour le contrôle** L'efficacité potentielle du contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire le potentiel que cet outil, dans une situation donnée, modifie l'issue du jugement, dépend du degré d'impérativité de la loi. Plus précisément, lorsque la loi est faiblement impérative, confiant au juge de la latitude dans la décision à rendre en son application, le contrôle de proportionnalité sera d'une faible efficacité, non pas parce qu'il sera impraticable, mais seulement car il n'augmentera pas la capacité du juge de prendre en compte les faits de l'espèce. Inversement, en présence d'une « *loi d'airain républicaine* »¹, le contrôle concret présentera son degré d'intérêt maximal pour les plaideurs, donnant au juge une opportunité de reconnaître le caractère exceptionnel de leur situation sans mettre en péril la cohérence de l'édifice normatif.

Il est utile de le démontrer (**Paragraphe I**) avant de voir en quoi cette affirmation peut guider

¹ Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

le législateur en lui permettant d'anticiper les effets du contrôle sur les lois votées (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : L'impérativité de la loi, limite de l'utilité du contrôle

313. **L'impérativité, marque de la place laissée au juge** Pour démontrer que le degré d'impérativité de la loi et l'efficacité du contrôle de proportionnalité sont strictement corrélés, il faut distinguer l'hypothèse où le contrôle est inutile (**A**) de celui où il est efficace (**B**).

A : Faible impérativité de la loi, faible utilité du contrôle

314. **Contrôle inutile** Il est important de distinguer l'utilité et la possibilité, qui ne se recoupent absolument pas, bien que ces deux notions puissent être utilisées pour discerner là où le contrôle aura lieu. Il est des situations où le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est parfaitement concevable quoique sans intérêt (1), affirmation qui peut être illustrée de quelques exemples (2).

1 : La possibilité du contrôle inutile

315. **La loi comme guide du juge** Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, souvent désigné comme contrôle de proportionnalité, a pour objet de contrôler que l'application d'une règle de droit dans une situation précise ne donne pas lieu à un résultat contraire à une norme supérieure. Si un tel résultat contraire est constaté au moyen du contrôle, la règle de droit verra son application écartée afin de faire prévaloir la norme de valeur supérieure, un rapport de conformité liant la norme inférieure à la norme supérieure. Cette non-application de la loi au cas d'espèce est le résultat recherché par le demandeur au contrôle, qui ne se satisfait pas de l'application de la loi à sa situation personnelle. La manifestation pratique de ce processus, durant l'instance, est de permettre au juge de raisonner au-delà du syllogisme, pour vérifier les effets de l'application de la loi à la situation concrète. Ainsi, le contrôle de proportionnalité restitue un certain pouvoir d'appréciation au juge alors que la loi le lie à ses constatations. De même, elle permet au demandeur de produire une argumentation qui ne soit plus cantonnée au domaine délimité par le syllogisme d'application de la règle de droit. En un mot, l'horizon de l'argumentation est élargi par le contrôle de proportionnalité.

Or, il est des cas où la loi ne lie pas la décision du juge, mais se contente de la guider en lui indiquant quels intérêts privilégier pour parvenir à la bonne décision. La loi ne prend pas ici la

forme de conditions déclenchant l'application d'un régime, mais d'un guide indiquant au juge comment il doit raisonner, quelle est la finalité de son intervention dans le domaine considéré. L'office du juge est alors de prendre en compte les éléments de fait du litige pour parvenir à une solution satisfaisant les objectifs que la loi érige dans ses dispositions.

Dans un tel contexte, le contrôle de proportionnalité n'est aucunement impossible, les dispositions confiant au juge ce large pouvoir d'appréciation n'en étant pas moins soumises aux normes de valeur supérieure telles que les conventions internationales ratifiées par la France. Il est cependant inutile, dénué d'intérêt, puisque le juge dispose déjà de la capacité de juger en fonction de circonstances de fait ne se limitant pas aux conditions d'application d'une loi, mais prenant en compte le différend dans sa complexité et son caractère unique, processus de décision qui lui permettra de rendre une décision conforme aux normes de valeur supérieure. Le recours au contrôle de proportionnalité ne sera pas requis pour élargir l'horizon argumentatif des parties ou l'horizon décisionnel du juge. C'est ce qu'indiquait Hauser, qui retenait que, au sujet des « *dispositions ouvertes, soit qui renvoient au pouvoir du juge et elles sont nombreuses, soit qui lui laissent une marge d'interprétation* », (...) *point n'est besoin de se référer à la proportionnalité même si cela fait "tendance"* »¹.

Ainsi, quoique le contrôle concret se distingue du standard², sorte de délégation de pouvoir du législateur au juge, ce dernier peut, lorsqu'il est prévu, produire jusqu'à une certaine limite les mêmes effets que le contrôle, le rendant inutile.

316. La facilité du contrôle inutile Le contrôle n'est pas impossible en présence de notions molles, et il y est même, d'une certaine manière, plus facile que dans d'autres situations, quoiqu'il présente un faible intérêt. En effet, un contrôle, dans une telle situation, apparaît comme ayant des effets beaucoup moins novateurs et vigoureux que lorsque la loi est stricte, puisqu'il n'aboutit pas à substituer un résultat issu d'une norme fondamentale à une solution rigoureusement établie par la loi. Cela conduit certains auteurs à considérer que c'est là que le contrôle de proportionnalité devrait trouver sa place, négligeant le fait qu'il n'apporterait alors rien de nouveau, faisant de son intégration dans le système juridique un effort sans intérêt.

C'est le cas d'une récente thèse, qui soutient que « *lorsque l'autorité chargée d'appliquer la loi dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'exercice d'un contrôle de l'application de la norme*

¹ Hauser (Jean), « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 7, p. 297.

² *Supra* n°125.

au cas de l'espèce postérieurement au constat de sa validité abstraite est commandé par le raisonnement syllogistique »¹. Cette position est développée en contentieux administratif par Monsieur Petit², distinguant les situations où la loi laisse une marge de manœuvre à l'administration, auquel cas le contrôle est « pertinent », de celles où son pouvoir est lié, ce qui rendrait le contrôle « discutable ». Pour lui, cette position se justifie par le fait que « si le pouvoir de décision de l'administration est lié, si, en d'autres termes, la décision individuelle litigieuse est la seule qu'une disposition législative imposait de prendre, l'éventuelle inconvencionnalité de cette décision se confond en réalité avec celle de la norme législative, qu'elle se borne à reproduire à l'identique dans un cas individuel »³. Par conséquent, dans une telle situation, si la loi est conventionnelle, « la décision individuelle qu'elle impose doit l'être aussi et vice versa »⁴. L'auteur explique son point de vue en prenant pour exemple l'affaire dite Gonzalez-Gomez⁵, retenant qu'elle « est intellectuellement peu cohérente : comment peut-on dire qu'une interdiction absolue, qui vaut donc dans tous les cas, est, comme telle, conventionnelle parce que proportionnée, pour admettre ensuite que, dans certains cas, elle est disproportionnée »⁶ ? Il serait « logiquement insoutenable que, ce qui est proportionné dans tous les cas ne le soit pas dans certaines situations »⁷.

Une telle affirmation semble se méprendre sur les conséquences que le juge tire de l'analyse de la conventionnalité de la loi : lors d'un contrôle abstrait, tel qu'il est pratiqué de manière préalable dans l'arrêt Gonzalez-Gomez, il n'est jamais posé que la loi est proportionnée dans tous les cas⁸, mais seulement qu'elle l'est abstraitement, considérée seule, tandis que le contrôle concret ne s'intéresse pas à « certains cas », mais seulement au cas de l'espèce. Les deux types de contrôle ne sont pas équivalents, ou exclusifs l'un de l'autre : ils sont au contraire complémentaires, vérifiant chacun la conventionnalité sur un plan différent. L'impérativité de la loi, qui priverait l'administration ou le juge de toute marge d'appréciation, ne rend pas le

¹ Fourment (Victoria), *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022, n°184.

² Petit (Jacques), « L'arrêt Nicolo et la nature du contrôle de conventionnalité de la loi », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 177 et s.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, n° 396848, Gonzalez-Gomez.

⁶ Petit (Jacques), « L'arrêt Nicolo et la nature du contrôle de conventionnalité de la loi », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 177 et s.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Arrêt précité. Le considérant n°8 indique que « les dispositions mentionnées aux points 6 et 7 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ou encore « ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes les exigences nées de l'article 8 de cette convention ».

contrôle inutile, car la conformité abstraite de la loi aux normes de valeur supérieure n'emporte aucunement la conformité de son application dans toutes les situations pouvant hypothétiquement exister.

317. L'apparence de proportionnalité du standard

La relative confusion existant entre le standard et le contrôle dit de proportionnalité¹ peut, plus simplement, conduire à affirmer que ce contrôle trouve sa place dès lors qu'une notion molle est présente. En effet, en considérant ces deux objets non comme de relatifs équivalents fonctionnels mais comme des mécanismes techniquement apparentés, il fait sens de dire que, dès lors que le juge rencontre un standard, il réalisera un contrôle de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité est en somme envisagé comme un mode de réalisation du standard. Pour cette raison, Monsieur Vigneau et Madame Siffrein-Blanc semblent eux aussi soutenir que les dispositions laissant une marge d'appréciation au juge sont celles où le contrôle devrait prospérer. Ils retiennent ainsi qu'il « *est important de distinguer les dispositions législatives ouvertes, qui invitent le juge à exercer un contrôle de proportionnalité, et les dispositions fermées, qui en restreignent voire évincent son utilisation* »². Cette affirmation est modérée par les mêmes auteurs qui concluent finalement à une inutilité du contrôle en présence de notions molles en relevant, sur le terrain spécifique du contrôle de proportionnalité en droit de la famille, que « *la part limitée faite au contrôle de proportionnalité tient enfin aussi à la circonstance que le droit interne de la famille confère déjà au juge le pouvoir de moduler son application en fonction d'une pesée des intérêts en présence, par référence aux notions à contenu variable comme l'intérêt de la famille, celui de l'enfant, la dureté, l'équité, l'usage* »³.

Cette idée semble révéler que si des équivalents fonctionnels au contrôle de proportionnalité devaient être recherchés, ils le seraient plus sûrement du côté des notions molles, à contenu variable ou standards, que de celui de quelque dispositif restreint à une disposition spécifique. En effet, ces outils de légistique qui touchent au cœur de l'office du juge en augmentant son périmètre d'appréciation, le laissent apprécier de la décision concourant le plus efficacement à la poursuite d'un but que la loi exprime de la plus explicite des manières. Ainsi, ils laissent une large place aux faits de l'espèce non seulement comme éléments nécessaires à l'application d'une disposition, mais comme éléments d'appréciation de l'office du juge et de ses

¹ Voir *supra* n°125.

² Vigneau (Vincent) et Siffrein-Blanc (Caroline), « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 81 et s.

³ *Ibidem*.

conséquences, limitant drastiquement l'apport du contrôle de proportionnalité, qui conserve tout son intérêt en l'absence de recours à de tels procédés.

Quelques exemples devraient permettre de cerner en quoi l'utilisation de notions molles rend le contrôle de proportionnalité inutile.

2 : Illustration du contrôle inutile

318. **Utilité réduite : l'option de la loi** Avant même l'introduction de notions molles, il existe une technique plus fruste, réduisant l'intérêt du contrôle de proportionnalité en posant une alternative. Le juge doit appliquer une loi sans disposer de marge d'appréciation particulière, mais un jeu de condition alternative permet à la loi de couvrir efficacement une plus grande variété de situations factuelles. Cette technique se rencontre concernant les règles d'adoption, qui, à première vue, semblent constituer un terrain intéressant pour le contrôle de proportionnalité.

Les droits fondamentaux, d'abord, ne se désintéressent pas de la question de l'adoption. Bien qu'il n'existe pas de droit à l'enfant permettant à des personnes désirant devenir parents de contester l'absence de possibilité d'adopter un enfant, le lien de parenté adoptif rentre dans le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale¹.

Les procédures d'adoption, ensuite, sont agencées comme un réseau complexe de conditions dont la satisfaction est nécessaire pour l'aboutissement du parcours. Ces conditions visent évidemment à assurer que l'adoption est conforme aux intérêts de l'adopté et ne vient pas chambouler les structures familiales existantes. Il est cependant aisé d'imaginer des situations où, appliquées aux faits de l'espèce, ces conditions strictes produisent un résultat contraire à leur *ratio legis*, donnant un intérêt au contrôle de proportionnalité.

Pourtant, le contrôle de proportionnalité ne présente qu'un intérêt très restreint pour les aspirants à l'adoption. En effet, le législateur, tout en posant des conditions précises, n'a pas entendu enfermer le juge. Bien que ce pouvoir d'appréciation ne fasse pas référence aux droits et libertés garantis par des normes supra-législatives, étant entièrement incorporé au texte de loi, le résultat concret semble se rapprocher de ce à quoi parviendrait le juge s'il réalisait un contrôle de proportionnalité sur un texte de loi impératif.

Par exemple, l'adoption ne peut être demandée que par des personnes âgées de plus de vingt-six ans, qu'elles adoptent seules² ou en tant que couple³. Cette condition d'âge, toutefois, n'est

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 22 juin 2004, n°78028/02, affaire Pini et Bertani c/Roumanie, Note Renucci (Jean-François) et Berro-Lefèvre (Isabelle), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2004, p. 3026.

² Code civil, article 343-1.

³ Code civil, article 343.

pas exigée si les membres du couple peuvent apporter la preuve d'une communauté de vie d'au moins un an¹, ou, dans le cas où une seule personne adopte, si l'adopté est l'enfant de son conjoint².

Ici, le législateur, sans même offrir au juge un pouvoir d'appréciation, exclut l'application d'une condition qu'il pose dès lors que celle-ci ne se justifie plus rationnellement. En effet, la condition d'âge de l'adoptant vise à établir que celui-ci dispose de la maturité nécessaire pour prendre une décision réfléchie en toute connaissance de cause. Le législateur semble considérer cette condition pareillement satisfaite dès lors que l'adoptant est membre d'un couple³, l'adoption s'inscrivant alors dans le cadre d'un projet familial plus global, que cela soit pour adopter l'enfant du conjoint ou pour adopter un enfant avec son conjoint. Si ces exceptions n'étaient pas présentes, il aurait parfaitement pu être imaginé un contrôle de proportionnalité de la limite des vingt-six ans dans le cas où l'adoptant veut adopter l'enfant de son conjoint, vis-à-vis duquel il se comporte déjà comme un parent. Le caractère exceptionnel justifiant que la loi soit écartée en l'espèce aurait pu être le fait que l'enfant est orphelin du parent qui n'est pas le conjoint de l'adoptant.

Le législateur utilise le même mécanisme concernant la différence d'âge exigée entre adopté et adoptant, fixée à quinze ans⁴. Cependant, par exception, le Code prévoit qu'en cas de « *justes motifs* », le tribunal peut « *prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celles que prévoit* » la loi⁵. Ici, le juge est investi par le texte du pouvoir de modérer une disposition pourtant présentée avec une apparence d'impérativité, rendant tout contrôle de proportionnalité inutile sur cette disposition. Cette notion de juste motif, qui n'est pas définie par la loi, constitue un standard, technique largement utilisée en droit de la famille, et réduisant pratiquement à néant l'utilité du contrôle de proportionnalité pour les plaideurs, hormis dans les hypothèses qui n'ont pas été envisagées par la loi.

319. Utilité éclipsée : l'indétermination de la loi

Un bon exemple en est l'autorité parentale, et le contentieux y afférant. Le Code civil⁶ définit l'autorité parentale comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». À la *patria potestas* romaine, traduite en puissance paternelle par le Code civil des Français, la loi

¹ Code civil, article 343.

² Code civil, article 370-1.

³ Avant la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption, ces modalités ne visaient que les couples mariés. L'engagement des adoptants, désormais, ne se matérialise plus que par l'existence d'un couple depuis un an, ce qui pourrait mener à la critique de ce dispositif.

⁴ Code civil, article 347.

⁵ Code civil, article 347, alinéa 2.

⁶ Code civil, article 371-1.

du 4 juin 1970 devait substituer l'autorité parentale, indiquant que celle-ci « *appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* »¹.

Depuis au moins cinquante ans, l'autorité parentale est un ensemble de prérogatives et de devoirs existant entre l'enfant et ses parents, et s'agréant autour de cette notion non en raison de leur nature, mais en raison de l'objectif vers lequel ils tendent. C'est « *l'exemple même d'un droit fonction* »².

Aujourd'hui, cette fonction protectrice de l'enfant assurée par l'autorité parentale se manifesterait à travers des prérogatives nommées (garde, surveillance et éducation)³ et innomées, tel le fait — sous certaines limites —, d'apporter des soins à l'enfant et de décider quels traitements médicaux il reçoit⁴.

La titularité et l'exercice de l'autorité parentale, ainsi que les possibilités d'intervention du juge s'articulent autour de cette même fonction de protéger l'intérêt de l'enfant.

Si l'exercice de l'autorité parentale, quelle que soit la situation de la famille dont il est question, ne requiert l'intervention du juge que par exception, en l'absence de cas où sa saisine est obligatoire, le texte ouvrant cette exception le fait de manière peu précise et très large. En effet, il est indiqué que « *le juge du tribunal judiciaire délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre* »⁵, le chapitre visé comprenant tous les paragraphes où il est question de l'autorité parentale. Ce texte, d'une grande généralité, ne précise pas clairement dans quelles situations ces questions pourraient être soumises au juge, ni si elles ne s'entendent que d'un désaccord. De manière curieuse eu égard à l'importance pratique de la question, il est peu commenté par la doctrine spécialisée en procédure familiale. Madame Gouttenoire lit toutefois la généralité du texte comme permettant « *de considérer que le juge aux affaires familiales a nécessairement compétence pour trancher les conflits parentaux résultant d'un exercice en commun de l'autorité parentale* »⁶. Le juge pourrait être saisi dès lors qu'un désaccord entre les parents surgit concernant une mesure à prendre dans l'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire dans le but de protéger ou d'éduquer l'enfant, ce qui ouvre un très large territoire potentiel d'intervention.

À côté de ce cas général du désaccord entre les parents, quelques cas spécifiques de saisine sont prévus par les textes. Illustration plus que différenciation de celui-ci est la saisine par le parent le plus diligent lorsqu'un désaccord surgit concernant le changement de résidence d'un parent.

¹ Code civil, article 371-2 tel que créé par la loi n°70-459 du 4 juin 1970.

² Égée (Vincent), *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022 (4^e édition), n°1310.

³ Égée (Vincent), *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022 (4^e édition), n°1314.

⁴ *Ibidem*, n°1274 à 1277.

⁵ Code civil, article 373-2-6.

⁶ Gouttenoire (Adeline), « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°158.

Le Code prévoit alors que le juge répartira les frais de déplacement et ajustera « *en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* »¹.

Autre cas prévu par le Code, la saisine est possible par les parents ou le Ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, étant précisé qu'il n'est pas nécessaire que celui-ci soit parent du mineur². Le juge est alors appelé à se prononcer sur « *les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* »³. Cet autre cas de saisine ne se démarque pas en raison de ce sur quoi peut porter l'intervention du juge, mais, parce que, par le truchement du Procureur de la République, il est ouvert très largement aux tiers intéressés par l'intérêt de l'enfant. Les données jurisprudentielles ou commentaires doctrinaux manquent sur ce point, mais s'il semble évident que les membres de la famille et de l'entourage de l'enfant puissent se saisir de cette possibilité, rien n'indique que celle-ci soit fermée à des personnes moins immédiatement intéressées, tels des agents de l'éducation nationale côtoyant l'enfant, ou même des associations de protection de l'enfance. Il ne s'agit en effet pas d'une action à laquelle la personne effectuant le signalement serait partie, mais seulement d'une modalité de communication au procureur spécialement prévue par la loi. Une fois le juge appelé à se prononcer, quels éléments est-il appelé à prendre en compte pour le faire ? L'intérêt de l'enfant, finalité de l'autorité parentale, pèsera lourd dans sa décision. En plus de ce critère évident, boussole de l'action du juge dans toute procédure où un enfant est présent, le Code civil établit une liste de critères pertinents, étant précisé qu'il ne s'agit pas d'une énumération limitative, permettant au juge de considérer d'autres éléments⁴. Parmi ces éléments, la pratique ou les accords préexistants entre les parents, les sentiments exprimés par le mineur auditionné, « *l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre* »⁵, les résultats des expertises et enquêtes, ainsi que les pressions exercées par un parent sur l'autre.

S'il est aisé de se rendre compte à quel point l'intérêt de l'enfant, notion floue au plus haut point et qui sonnerait « *le glas du syllogisme* »⁶, laisse une large marge de manœuvre au juge, ce constat est ici renforcé par la liste établie par le Code. Si certains de ces critères, faisant appel à l'avis de tiers neutres, font que le flou et la marge ne se trouvent pas au niveau du juge, mais en amont de sa décision, que dire de l'appel aux sentiments de l'enfant ou de l'appréciation de l'aptitude des parents ? Une telle addition de critères peu nets devrait assurément permettre au

¹ Code civil, article 373-2, alinéa 4.

² Code civil, article 373-2-8.

³ *Ibidem*.

⁴ Code civil, article 373-2-11

⁵ *Ibidem*.

⁶ Égéa (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, n°12.

juge de motiver de manière convaincante un large éventail de décisions.

Un tel constat, s'il ne remet nullement en cause la possibilité de susciter un contrôle de proportionnalité dans un tel contentieux, peut faire douter de son intérêt. Si est retenu du contrôle de proportionnalité une définition par trop extensive, le voyant seulement comme la mise en balance de deux intérêts, le juge de la famille est déjà amené à réaliser une telle mise en balance en matière d'autorité parentale, devant concilier l'intérêt de l'enfant avec celui de chaque parent, des frères et sœurs, des grands-parents, et devant, au sein de l'intérêt de l'enfant concilier les différentes composantes de celui-ci (stabilité et maintien des relations familiales par exemple). En revanche, en retenant du contrôle de proportionnalité qu'il est un moyen de vérifier que l'application concrète de la loi ne déroge pas à une norme supérieure, il est beaucoup plus difficile de voir en quoi les lois relatives à l'autorité parentale, qui n'arrêtent aucune solution bien tranchée, pourraient avoir besoin de ce mécanisme.

320. Retour limité de l'utilité

La même réflexion semble, *a priori*, transposable en matière de choix du prénom. Élément « *intime et personnel* »¹ de l'état civil, il est choisi dès la naissance de l'enfant par « *ses père et mère* »², et « *immédiatement* »³ porté sur l'acte de naissance par l'officier d'état civil. Si, auparavant⁴, ce dernier était fondé à refuser d'inscrire le prénom qu'il considérait comme contraire à l'intérêt de l'enfant, toute contestation à ce sujet se déroule désormais *a posteriori*, une fois l'acte de naissance complet. En effet, l'officier d'état civil craignant qu'un prénom soit contraire à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir leur identité protégée doit informer le Procureur de la République afin qu'il apprécie la conformité de l'acte de naissance à ces considérations⁵. Ce n'est dès lors que par accident que la justice se trouve saisie d'une telle procédure, le choix des prénoms relevant aujourd'hui largement de la liberté des parents. Une fois que le choix du prénom est judiciairisé, le Procureur joue le rôle d'un premier filtre, pouvant choisir de laisser en état l'acte d'état civil s'il ne partage pas les doutes de l'officier public l'ayant avisé. Dans le cas contraire, il saisira le juge aux affaires familiales⁶ afin qu'il se prononce en respectant les formes de la procédure écrite ordinaire applicable devant le Tribunal judiciaire⁷. Le juge aux affaires familiales devra apprécier la conformité du prénom de l'enfant à ses intérêts ainsi qu'au « *droit des tiers à voir protéger leur*

¹ Bellivier (Florence), Droit des personnes, LGDJ, 2015 (1^{re} édition), n°59.

² Code civil, article 57 alinéa 3.

³ *Ibidem*.

⁴ État du droit antérieur à la loi n°93-22 du 8 janvier 1993.

⁵ Code civil, article 57 alinéa 4.

⁶ Code civil, article 57 alinéa 4.

⁷ Code de procédure civile, article 1055-3.

nom de famille »¹. Dans le cas où le prénom ne correspondrait pas à ces intérêts, le juge en ordonne la suppression des registres de l'état civil, et attribue à l'enfant un autre prénom, choisi par ses parents ou, à défaut, décidé par le juge². Toute la procédure demeure guidée par l'intérêt de l'enfant³.

S'il est évident que le prénom fait partie de l'intimité de celui qui le porte (c'est ainsi qu'il sera appelé par les personnes avec lesquelles il partage un lien d'affection) et de ceux qui le lui ont donné, relevant de manière organique de la vie privée et familiale, il n'est pas qu'intime. En effet, l'état civil vise à identifier les individus, à les individualiser. Si le nom de famille peut souvent permettre cette identification au sein de la masse des individus, la différenciation entre les membres d'une même famille rend le prénom important à cet égard. C'est pourquoi l'état civil, dont le prénom fait partie, ne peut être laissé totalement à la liberté des individus et reste fortement teinté d'ordre public, expliquant l'existence des procédures de contrôle évoquées *supra*.

En raison de cette ambivalence, la question de l'applicabilité, tant dans son principe que dans son ampleur, de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, pourrait se poser. Elle semble avoir trouvé une réponse positive sans grande controverse, la Cour européenne des droits de l'Homme affirmant par exemple que, bien que l'article 8 ne contienne pas de disposition spécifique au prénom, celui-ci « *concerne sa vie privée et familiale* »⁴. Par la suite, les modalités du contrôle effectué par la Cour se précisent, celle-ci semblant réaliser un contrôle de proportionnalité lorsque lui est soumise la demande d'une famille à laquelle un prénom a été refusé par les juridictions internes. Dans un arrêt, elle indique statuer « *in concreto* » avant de relever qu'il n'y a, en l'espèce, « *pas de manquement* » aux droits garantis par l'article 8⁵. En relevant cette absence de manquement, la Cour semble désigner une absence d'ingérence dans l'exercice des droits considérés, l'une des premières étapes du contrôle de proportionnalité.

La Cour de Strasbourg réalise un contrôle de proportionnalité entre le refus du prénom réalisé par un juge national et le droit au respect de la vie privée et familiale. Par conséquent, il apparaît que, saisi d'un tel moyen, le juge français doit en faire de même afin de vérifier la conformité à la Convention de la norme qu'il applique.

¹ Code civil, article 57 alinéa 5.

² *Ibidem*.

³ Laroche-Gisserot (Florence), « Nom – Prénom », Répertoire de Droit civil, Dalloz, n°304.

⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, 24 octobre 1996, n° 15773/89 et 15 774/89, affaire Guillot c/France.

⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, 25 septembre 2008, n°27977/04, affaire Baylac-Ferrer et Suarez c/France.

Si rien ne semble techniquement s'opposer à un tel contrôle de proportionnalité, son intérêt pratique laisse plus sceptique. En effet, les critères d'appréciation que le droit interne impose au juge afin de juger de l'acceptabilité d'un prénom lui laissent d'ores et déjà une grande liberté dont il n'hésite pas, semble-t-il, à se saisir¹. Cela est tout particulièrement vrai de l'intérêt de l'enfant, standard flou par excellence, et qui invite le juge à prendre en considération un large panel d'éléments. C'est peut-être moins le cas du droit des tiers à voir leur nom de famille protégé, d'autant plus que le législateur juxtapose les deux critères sans indiquer la manière dont ils s'articulent. Il serait concevable de voir un prénom conforme à l'intérêt de l'enfant refusé par le juge, car il est détenu comme patronyme par un tiers. Ici, le contrôle de proportionnalité pourrait servir à apprécier le droit du tiers avec celui de l'enfant à porter le prénom choisi par ses parents, tout particulièrement si des éléments de fait viennent attester d'un intérêt particulier de l'enfant à avoir ce prénom et non un autre (par exemple un prénom porté par les ancêtres de l'enfant).

Le contrôle de proportionnalité pourrait toutefois faire son retour pour apprécier l'effet de dispositions infralégislatives. Les articles du Code civil relatifs au choix du prénom ne font en effet nulle mention de la langue ou de l'alphabet qui doit être utilisé. S'il est désormais acquis qu'aucun texte et aucune pratique ne limitent les prénoms pouvant être choisis à ceux présents dans le calendrier des saints ou dans l'Histoire et la littérature², et que le choix d'un prénom originaire d'une autre culture ne pose par conséquent guère question, il n'en est ainsi que pour autant que celui-ci soit épilé conformément aux lettres et accentuations prévues dans l'orthographe du français.

En effet, l'adoption d'un prénom comportant des signes orthographiques non utilisés dans la langue française est problématique. De tels signes s'inscrivent dans l'alphabet latin, mais ne sont présents dans aucun mot orthographié en français, qui connaît un nombre limité de signes (tels les différentes accentuations, la cédille, le tréma...) pouvant être utilisés selon une combinaison restreinte de lettres signées. Pourtant, les langues des pays voisins, utilisant pareillement l'alphabet latin, foisonnent d'exemples de signes autres, ou de signes utilisés différemment (tel la *eñe* espagnole ou la *Eszett* allemande), de même que certaines langues

¹ La jurisprudence fournit quelques exemples qui prêteront ou non à sourire, validant le prénom Tokalie (Cour d'appel de Caen, 30 avril 1998), imaginé à partir de la dénomination d'une église byzantine de Cappadoce, le prénom Mégane pourtant partagé avec un célèbre modèle d'automobile (Cour d'appel de Rennes, 4 mai 2000), ou encore le prénom Canta (Cour d'appel de Bordeaux, 22 octobre 2009), tristement inspiré d'un chanteur condamné pour meurtre. Au registre des refus, sont couramment rapportés des prénoms d'apparence peu sérieuse, tel Titeuf (Cour d'appel de Versailles, 7 octobre 2010, validé par la Cour de cassation retenant l'appréciation souveraine et jugeant la motivation suffisante, 1^{re} Chambre civile, 15 février 2012, n°10-27.512).

² Ce fut plus ou moins le cas jusqu'à la loi n°93-22 du 8 janvier 1993. Sur ce point, voir Lévy (Jean-Philippe), Castaldo (André), *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2010 (2^e édition), n°51.

régionales utilisées et reconnues en France (le tilde est utilisé en breton ou en basque, l'accent aigu est utilisable sur plus de lettres en franco-provençal ou en créole qu'en français...). La doctrine de l'administration est fixée par une circulaire énumérant les voyelles et consonnes signées en langue française ainsi que certaines ligatures, et indiquant que « *tout autre signe diacritique attaché à une lettre ou ligature ne peut être retenu pour l'établissement d'un acte de l'état civil* »¹. Confronté à la demande d'inscription d'un prénom non conforme, l'officier d'état civil demandera aux parents de modifier à la marge la graphie afin que celle-ci corresponde à la langue française, et saisira le Procureur en cas de refus. Le juge aux affaires familiales devra alors décider de modifier ou non l'acte d'état civil. Bien qu'il ne soit pas tenu d'appliquer les circulaires en tant que telles², les affaires dont la presse régionale fait régulièrement l'écho montrent que les refus par le juge d'inscrire un prénom à l'accentuation non conforme ne sont pas rares. Par ailleurs, les critères posés par la circulaire n'invitent à aucune distinction quant à l'intérêt de l'enfant, un intérêt avéré ne pouvant pas venir mettre en échec la prohibition³.

Eu égard à cette question précise, un contrôle de proportionnalité pourrait être utilisé de manière intéressante. Il permettrait en effet de remettre au centre de la réflexion l'intérêt de l'enfant, en relisant à sa lumière les conséquences tirées par le législateur et le pouvoir exécutif de l'article 2 de la Constitution. Étant établi que le prénom entre dans le champ du droit au respect de la vie privée et familiale, il s'agirait de voir si l'ingérence provoquée dans ce droit par le refus d'utiliser un signe orthographique régional est ou non proportionnée, dans la situation concrète, au but poursuivi (l'unité linguistique du pays). De manière abstraite, pourraient être mobilisées les dispositions constitutionnelles protégeant les langues régionales⁴, de même que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires établie par le Conseil de l'Europe⁵. De

¹ Circulaire du 23 juillet 2014 relative à l'état civil (JUSC1412888C).

² Gaudemet (Yves), *Droit administratif*, LGDJ, 2022 (24^e édition), n°769.

³ La Cour d'appel de Rennes (Cour d'appel de Rennes, 19 novembre 2018, n° RG 17/07569), acceptant un prénom comportant un tilde, ne fait pas mention de l'intérêt de l'enfant, mais relève que le signe est utilisé dans le Dictionnaire de l'Académie française ou dans des décrets de nomination au Journal officiel, et considère donc que celui-ci aurait dû figurer dans la circulaire. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, n'a pas pu se prononcer en raison d'une irrecevabilité pour raisons de procédure. L'affaire, médiatisée, a suscité une certaine émotion, le gouvernement évoquant une possible intégration de quelques signes orthographiques issus des langues régionales (Réponse de Laurent Nunez, Secrétaire d'État auprès du ministre de l'Intérieur, Journal officiel du Sénat, 15 janvier 2020, p. 177). La chose a été tentée dans la *loi relative à la protection patrimoniale des langues régionales et à leur promotion*, adoptée, mais censurée sur ce point par le Conseil constitutionnel (Décision n° 2021-818 DC du 21 mai 2021, Note Verpeaux (Michel), « Défiance jacobine et réalités constitutionnelles », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2021, p. 1750) comme méconnaissant les exigences de l'article 2 de la Constitution (proclamant que la langue de la République est le français), puisque reconnaissant « *aux particuliers un droit à l'usage d'une langue autre que le français dans leurs relations avec les administrations et les services publics* ».

⁴ L'article 75-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France* ».

⁵ Cet instrument a été signé, mais non encore ratifié par la France, à la suite d'un vote de rejet du Sénat.

manière concrète, comme arguments visant à montrer que l'atteinte est excessive pour l'enfant considéré, et non de manière générale, les parents pourraient invoquer un prénom porté par les ancêtres, leur pratique d'une langue régionale à la maison, leur intention d'inscrire leur enfant dans une école comportant des cours dans cette langue... Le contrôle de proportionnalité permettrait ici d'éloigner le débat de revendications régionalistes pour remettre l'intérêt de l'enfant en son cœur. Il aurait également pour conséquence que le prénom à la graphie bretonne ne soit pas jugé avec les mêmes éléments selon qu'il est donné à Lorient ou à Nice, ce qui, selon le point de vue adopté, peut consister en une rupture de l'égalité devant la loi, ou en une adaptation aux circonstances de l'espèce.

Cette longue exploration du domaine potentiel d'utilité du contrôle de proportionnalité concernant le choix du prénom résume bien le principe de cette utilité : aussi longtemps que la loi ménage une marge de manœuvre au juge, la pratique du contrôle n'a aucune utilité, étant insusceptible de permettre une appréciation plus factuelle d'une question déjà appréciée de manière concrète¹. Au contraire, dès lors que l'impérativité de la règle réapparaît, le contrôle concret retrouve tout son intérêt.

B : Forte impérativité de la loi, grande utilité du contrôle

321. **Contrôle utile** Lorsque la loi présente un degré élevé d'impérativité, laissant peu de marge au juge pour apprécier la situation de l'espèce sur laquelle il doit statuer, le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes présente un intérêt maximal. Il convient d'expliquer cette affirmation (1) avant de l'illustrer (2).

1 : La démonstration de l'utilité du contrôle

322. **Domaine du syllogisme** Là où des notions molles ou variables, tels des standards, permettent au juge d'apprécier concrètement une situation pour rendre la décision attendue, le contrôle de proportionnalité, techniquement praticable, n'a guère d'intérêt stratégique. Il ne permet pas aux justiciables d'élargir leur horizon argumentatif, étant donné que l'appréciation de leur situation est déjà réalisée *in concreto*, en prenant en compte un large éventail de faits spécifiques à leur situation. Corrélativement, il ne permet pas au juge de rendre des décisions conformant mieux justice et justesse ou plus respectueuses des normes de valeur supérieure. En effet, son large pouvoir d'appréciation lui permet de rendre des jugements

¹ Il est ici postulé que, lorsque la loi laisse une marge de manœuvre au juge en le chargeant de décider conformément à un standard, le juge raisonnera en prenant en compte les droits fondamentaux impliqués dans sa décision.

conformes tant à la loi qu'aux autres textes tout en étant, autant que faire se peut, en accord avec la justice dans tous les sens du terme.

Cependant, ce recours au standard, par lequel « *le législateur veut (...) que le juge soit le plus libre possible pour déterminer une solution adéquate* »¹, ne constitue pas l'hypothèse standard de la légistique. Bien plus souvent, en effet, « *la règle de droit est une disposition précise, visant des hypothèses, et liant strictement le juge en vertu d'un pouvoir supérieur à celui du juge* »². Certains textes de loi sont fortement teintés d'ordre public et d'impérativité : se prêtant particulièrement à un raisonnement présenté sous forme syllogistique, ils posent des conditions précises et imposent un résultat lorsque ces conditions se rencontrent. La *ratio legis* de ces dispositions n'est pas directement discernable à leur lecture, car elles supposent une sorte de foi dans le fait que le législateur est à même de légiférer dans l'intérêt de tous.

C'est dans cette situation que le contrôle de proportionnalité apporte la plus grande plus-value à l'argumentation des parties au litige. Il permettra en effet de remettre en question l'impérativité du texte au moyen d'arguments factuels et dans les limites d'un droit fondamental garanti par une norme supérieure. Le contrôle de proportionnalité permettra d'introduire de la nuance, du débat. Les faits spécifiques de l'espèce, qui ne sont pas pris en compte dans le texte de loi au-delà des conditions de déclenchement de l'application, feront leur retour au moyen de l'argument de disproportion concrète.

Au sein des textes de loi présentés avec impérativité, le contrôle de proportionnalité n'offrira pas une utilité uniforme. En effet, certains textes présentent un haut degré d'impérativité, mais aussi un haut degré de généralité. S'ils sont tranchants dans leurs conséquences, ils embrassent une grande variété d'hypothèses, et ont plutôt vocation à se décliner en applications concrètes et à irriguer l'interprétation des autres textes qu'à justifier des solutions de manière directe et exclusive. Un exemple d'une telle disposition peut se trouver avec l'article 1103 du Code civil³, qui dispose d'une indéniable « *force symbolique* »⁴, mais ne renseigne que de manière parcellaire sur la réalité de la force obligatoire des contrats s'il ne s'accompagne pas des dispositions relatives aux sanctions ou remèdes à l'inexécution contractuelle. Le contrôle de proportionnalité semble plus volontiers concerner les textes qui interdisent ou qui imposent quelque chose, édictant une règle précise.

¹ Bahurel (Charles), « Le standard du raisonnable », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°9, février 2014, p. 60.

² Hauriou (Maurice), « Police juridique et règle de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1923, p. 265 et s., spécialement p. 301-303.

³ « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

⁴ Deshayes (Olivier), Genicon (Thomas) et Laithier (Yves-Marie), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 61.

323. **Inceste et filiation : règle questionnée de longue date** De telles règles précises se rencontrent dans le cadre de la prohibition de l'inceste, ou, plus précisément, de ses répercussions en matière d'établissement de la filiation. D'un côté, cette prohibition constitue un fondement des structures familiales. De l'autre, ses conséquences, particulièrement lorsqu'elles rejaillissent sur le fruit de l'union réprouvée, peuvent choquer. Par conséquent, ce domaine du droit de la famille est de longue date un terrain de débat sur les conséquences à faire produire à cette prohibition structurante de la société qu'est l'inceste.

La notion d'inceste est au cœur du droit de la famille, manifestant les liens qui demeurent étroits entre la filiation et le mariage. En effet, le Code civil indique que « *s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit* »¹. L'inceste est sanctionné par l'impossibilité d'établir la filiation à l'égard des deux géniteurs, seul un premier lien pouvant être établi. Afin de savoir si l'inceste est qualifié, il convient par conséquent d'observer les empêchements à mariage visés par le texte. L'article 161 prohibe le mariage en ligne directe entre « *tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* », tandis que l'article 162 prohibe le mariage, en ligne collatérale, entre frère et sœur, et autres combinaisons de sexe possibles entre ces parents en ligne collatérale au 2^e degré.

Le texte ne vise pas les enfants nés d'une relation entre parents collatéraux au 3^e degré tels l'oncle et la nièce : le mariage entre ces personnes est prohibé², mais la double filiation peut être établie. L'interprétation administrative³ et celle des discours savants⁴ semblent de plus converger pour considérer que la référence faite à la parenté⁵ comme cause des interdits à mariage donnant lieu à une impossibilité d'établir le double lien de filiation implique que les interdits relatifs à mariage soient exclus. Cela signifie concrètement que l'article 161 du Code civil visant pour l'interdit à mariage « *tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* » exclurait, lorsqu'il est visé par l'article 310-2 pour établir l'interdiction d'établissement de la filiation, les enfants nés d'une relation entre alliés en ligne directe. En

¹ Code civil, article 310-2.

² Code civil, article 163.

³ Circulaire du 28 octobre 2011 (JUSC1119808C) relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, n°268.

⁴ Voir par exemple Murat (Pierre), (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, 2019 (8^e édition), n° 211-32, ou Granet-Lambrechts (Frédérique), « Filiation – Dispositions générales – Modes d'établissement de la filiation – Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *JurisClasseur Code civil*, LexisNexis, n°31.

⁵ Code civil, article 310-2.

effet, l'interdit à mariage existant entre le beau-père et sa bru est fondé non sur la parenté, mais sur l'alliance (il constitue de plus un interdit relatif, c'est-à-dire susceptible d'être levé par le Président de la République¹).

Par ailleurs, la jurisprudence rend ineffective la fraude à la loi consistant, pour le parent dont la filiation ne peut être établie, à déposer une requête en adoption de l'enfant né d'un inceste absolu².

La loi est claire et impérative et pose une solution tranchée dans un domaine intime. Tous les ingrédients paraissent réunis pour que, au moins sporadiquement, des solutions ressenties comme iniques ne puissent être évitées.

Face à cette loi impérative et claire, le juge est naturellement amené à questionner son rôle. Sa décision, lorsqu'elle requiert d'annuler une filiation préalablement établie, vient briser une situation de fait qui pouvait être équilibrée bien que bâtie sur une base anthropologiquement et juridiquement réprouvée. Privant l'enfant de sa double filiation, biologiquement exacte, il fait peser sur sa vie future les conséquences d'une faute qu'il n'a pas commise. Si, de nos jours, la réponse à ces questionnements se recherche dans les droits fondamentaux, ils n'en étaient pas moins présents pour les juges d'hier, illustrant que le contrôle de proportionnalité pourrait être une réponse au sempiternel questionnement sur le rapport entre légalité et équité dans l'œuvre de justice³.

Cette trop belle occasion d'apporter une pierre à l'édifice a déjà été saisie, dans un temps, pourtant, où le légicentrisme était plus prégnant que de nos jours. Dans cette affaire, un enfant né de la relation entre un frère et une sœur consanguins est reconnu par sa mère dans l'acte de naissance, et par son père deux ans plus tard. Le Procureur agit en annulation de la reconnaissance paternelle. Le Tribunal civil de la Seine⁴, retenant que « *la porte ouverte à l'intervention du Ministère public pourrait conduire à des résultats et à des conséquences qui ne seraient pas toujours socialement bienfaisants* », conclut à l'irrecevabilité de la demande du Procureur, et permet ce faisant le maintien du double lien de filiation manifestant l'inceste absolu.

Dans cette décision, restée, semble-t-il, définitive en l'absence d'appel ou de pourvoi, le juge ne réalise aucunement un contrôle de proportionnalité. La lecture des commentaires de l'époque permet toutefois de saisir la manière dont le jugement utilise la question technique de la faculté

¹ Code civil, article 164.

² Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 6 janvier 2004, n° 01-01.600, Conclusions Sainte-Rose (Jerry), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2004, p. 362, note Granet-Lambrechts (Frédérique), « Illégalité de l'adoption d'un enfant par le demi-frère de sa mère », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2004, p. 1419.

³ Sur le rapport entre équité et contrôle concret, voir *infra* n°482 et s.

⁴ Tribunal civil de la Seine, 3 février 1948, reproduit dans *JCP*, 1948 II, n°4616.

pour le Ministère public d'agir *proprio motu* dans ce type d'affaire afin de prendre une décision allant dans le sens de ce que les magistrats perçoivent comme juste, comme le suggère l'attendu précité s'intéressant aux conséquences sociales concrètes de l'application du texte de loi. Desbois note que le tribunal est animé par des « *considérations d'humanité* »¹, Lagarde indiquant qu'il se réfère pour ce faire à « *l'interprétation la plus restrictive* »² des textes fixant les attributions du Ministère public. L'avis d'Hébraud et Raynaud, dans leur chronique de procédure civile, est convergent, ceux-ci notant que « *à tous égards, le jugement du Tribunal de la Seine est en marge des positions actuellement classiques* »³. Le juge aurait opté pour une telle interprétation de la loi non en raison de son caractère plus convaincant, mais en contemplation des conséquences concrètes de sa décision, pratiquant en quelque sorte un syllogisme régressif.

De fait, cette décision du juge de première instance n'a pas fait jurisprudence, ne menant pas à une redéfinition des conditions de l'action du Ministère public en matière civile. Répondant à une situation spécifique, sa portée sera restée limitée à l'affaire en cause. Toutefois, son argumentation technique utilisée à des fins d'équité présentait le double risque de fragiliser la décision si l'affaire avait dû être jugée à nouveau, ou de fragiliser la disposition sur laquelle le juge s'est appuyé pour trancher. Il semble que le recours au contrôle de proportionnalité permettrait de limiter ces écueils.

324. **Proportionnalité de l'anéantissement de la filiation**

Afin de chercher là où le contrôle de proportionnalité est le plus à même de prospérer, il faut imaginer la situation la plus extrême et la plus choquante qui soit, celle où le juge sera le plus volontiers tenté d'évincer la loi claire pour faire prévaloir un droit fondamental. En matière de filiation incestueuse, un tel cas consisterait en ce que l'impossibilité d'établissement de la seconde filiation (ou son annulation si elle a déjà eu lieu) concerne le lien entre l'enfant et sa mère. En effet, la pratique voulant que, dans la quasi-totalité des cas, la filiation maternelle soit établie en premier, dès l'édition de l'acte de naissance, laisse à penser que le texte, en prohibant l'établissement de la filiation à l'égard de l'autre parent, vise en pratique la filiation à l'égard du père. Cette hypothèse peut être corroboré par le constat que, bien souvent, la mère, qui pourra s'être trouvée dans une situation de sujétion vis-à-vis du père de l'enfant, est celle qui assumera la satisfaction de ses besoins élémentaires et son éducation.

¹ Desbois (Henri), *JCP*, 1948 II, n°4616.

² Lagarde (Gaston), *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1949, p. 70.

³ Hébraud (Pierre) et Raynaud (Pierre), *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1949, p. 119.

Une telle annulation du lien de filiation avec la mère au profit de celui avec le père est une hypothèse rare, mais nullement impossible. Il est concevable que l'acte de naissance ne fasse pas figurer le nom de la mère, et que le père reconnaisse l'enfant avant que la mère cherche à établir son lien de parenté. Cependant, l'hypothèse la plus vraisemblable est celle où le père a réalisé une reconnaissance prénatale de paternité. Cette reconnaissance prénatale, d'abord acceptée par les tribunaux avant d'être accueillie dans la loi¹, permet, comme son nom l'indique, à un parent de reconnaître un enfant avant sa naissance pour autant qu'il soit conçu. Lorsque l'enfant naît vivant et viable, la reconnaissance prénatale « *aura un effet déclaratif depuis la conception de l'enfant, lui donnant ainsi une priorité par rapport à une reconnaissance post-natale* »². En cas de conflit entre deux liens de filiation manifestant que l'enfant est né d'un inceste absolu, c'est donc le lien issu de la reconnaissance prénatale qui bénéficiera de l'antériorité et échappera à l'annulation. Si c'est le père qui a réalisé cette reconnaissance prénatale, une situation concrète problématique peut apparaître.

Une telle affaire a récemment été jugée par la Cour d'appel de Caen³. En l'espèce, le frère et la sœur utérins avaient été placés dans différentes familles durant leur enfance, et ne s'étaient rencontrés qu'à l'âge adulte. Le fruit de leur rencontre a été reconnu avant sa naissance par le père, qui n'a toutefois jamais entretenu de liens étroits avec l'enfant, lequel vit depuis sa naissance avec sa mère. Le Procureur de la République agit afin d'obtenir l'annulation du lien de filiation entre l'enfant et sa mère et obtient gain de cause en première instance. La Cour d'appel juge toutefois que « *au regard de l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'aurait pour elle, dans la construction de son identité, l'annulation d'un lien de filiation sur lequel s'est construite jusqu'à présent sa place dans l'histoire familiale, il y a lieu de réformer le jugement en toutes ses dispositions* ». Au regard de la situation factuelle, les Conseillers décident d'évincer l'application de la loi au cas d'espèce, laissant la filiation incestueuse produire son plein effet.

Déterminer si la Cour d'appel procède ici à un contrôle de proportionnalité dépend de la définition de cet outil retenue, qui peut être plus ou moins stricte. Parmi les auteurs ayant commenté cet arrêt, certains se montrent très critiques. Monsieur Houssier, reconnaissant que,

¹ Code civil, article 316 alinéa 1^{er}, issu de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005.

² Le Guidec (Raymond) et Chabot (Gérard), « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°74.

³ Cour d'appel de Caen, 3^e Chambre civile, 8 juin 2017, n°16/01314, Note Fulchiron (Hugues), « L'enfant né d'un inceste », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2017, n°11, p. 224 ; — Bigot-Destreguil (Marine), « Les tourments de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Lexbase Hebdo Edition privée générale*, Lexbase, 2017, n° 718 ; Desnoyer (Christine) et Duhamel (Jean-Christophe), *Les petites affiches*, Lextenso, 2018, n° 151, p. 3 ; Garé (Thierry), « Filiation de l'enfant incestueux : ordre public ou intérêt de l'enfant ? », *Revue juridique personnes famille*, Lamy, 2017, n° 11, p. 31.

en l'espèce, « *de sérieux arguments militaient en faveur du relâchement de la prohibition* », recourt toutefois au champ lexical de la machinerie infernale pour dire sa peur du « *rouleau compresseur de la proportionnalité* » au « *vrombissement toujours plus fort* », qui abat « *un à un les murs de l'ordre public* »¹. Cette conception diffère grandement de celle de Madame Granet-Lambrechts pour qui « *le sentiment, assez net, est qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce, la prohibition légale absolue de l'établissement des deux liens de filiation d'un enfant né d'un inceste absolu conservant toute sa valeur* »². Monsieur Fulchiron, quant à lui, critique le raisonnement de la Cour d'appel, indiquant que l'on « *peut trouver la solution opportune compte tenu des circonstances très particulières de l'espèce, mais la démarche suivie est pour le moins critiquable* ». En effet, la Cour aurait bâti un « *raisonnement en pure équité* » formulé de manière « *très psychologisante* », se focalisant sur l'intérêt de l'enfant sans apprécier les intérêts concurrents alors que le recours au contrôle concret de conventionnalité était approprié en l'espèce et aurait permis d'obtenir la même solution tout en donnant « *une toute autre assise à la décision* », démontrant « *une nouvelle fois l'utilité du contrôle de proportionnalité, à condition bien sûr qu'il soit correctement mis en œuvre* »³.

Ces points de vue peuvent être rapprochés *a minima* en notant que, si le raisonnement peu consistant produit dans la motivation ne relève pas du contrôle de proportionnalité, le résultat présent dans le dispositif aurait pu être le produit d'un tel contrôle. La Cour d'appel, en effet, si elle vise bien les articles 8 et 14 de la Convention européenne ainsi que l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, n'explicite pas en quoi ceux-ci commandent, dans la situation de l'espèce, de ne pas appliquer le Code civil. La Cour produit ici une sorte de contrôle de proportionnalité latent, où seraient présentes les prémisses du raisonnement et sa conclusion, mais non son cœur, la confrontation des textes applicables et des effets de leur application. Cet arrêt n'est pas satisfaisant sur le plan méthodologique, seul un contrôle de proportionnalité à la méthode standardisée et strictement appliquée étant à même d'offrir à la décision une justification rationnelle et une portée définie, rétablissant un peu de la prévisibilité nécessairement perdue lors du recours à cette technique.

Si cet arrêt est sur ce point critiquable, il n'en démontre pas moins que le contrôle de proportionnalité est utilisable dans la situation extrême où la filiation maternelle incestueuse est mise en danger par l'antériorité de la filiation paternelle. D'autres approches critiques des effets

¹ Houssier (Jérémy), « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ Famille*, Dalloz, 2017, p. 545.

² Granet-Lambrechts (Frédérique), « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 528.

³ Fulchiron (Hugues), « L'enfant né d'un inceste », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2017, n°11, p. 224.

de la prohibition de l'établissement de la filiation des enfants nés d'un inceste absolu au moyen du contrôle de conventionnalité concret existent.

325. **Inceste et héritage** Afin de tenter de discerner si un élargissement du contrôle de proportionnalité en matière d'établissement de la filiation incestueuse est possible, il convient de se demander quels arguments pourraient être utilisés par les demandeurs.

Dans la vie quotidienne, en l'absence de crise, les conséquences pratiques de l'absence d'établissement d'un lien de filiation peuvent-être assez restreintes. Il se peut par conséquent que les parents ou l'enfant incestueux ne cherchent pas à établir un double lien de filiation qu'ils savent impossible. En revanche, les conséquences de l'absence de lien pour celui qui est issu de l'inceste deviennent patentes lors du décès du parent avec lequel le lien de filiation n'est pas établi. Cette absence, en effet, vient affecter la vocation successorale de l'enfant, le rétrogradant dans l'ordre de succession à la place que la loi veut bien lui reconnaître. Ainsi, l'enfant né d'une relation incestueuse entre un père et sa fille n'héritera en sa qualité de petit-fils que si sa mère est prédécédée, alors que sa qualité de fils lui aurait permis d'être en concurrence avec elle. La voie la plus directe pour contester cette situation serait de se prévaloir d'un droit à recueillir l'héritage du défunt, droit auquel la prohibition de l'établissement de la double filiation incestueuse porterait atteinte. Cependant, il semble qu'en l'état actuel du droit, cette voie soit une impasse.

Il y a un quart de siècle, le Doyen Carbonnier disait déjà de la question du droit à hériter qu'elle était entourée d'un « *brouillard* »¹. Quelques années plus tard, commentant une réforme du droit des successions, Mesdames Bellivier et Rochfeld voyaient dans le droit contemporain les « *signes avant-coureurs* » de l'émergence d'un tel droit², que nombre d'œuvres doctrinales ont depuis tenté de dégager³. Ces réflexions, cependant, souvent guidées par l'inquiétude de voir un tel droit apparaître, semblent rester largement prospectives. Madame Pégliion-Zika, dans une étude récente, relève que « *jamais le droit à l'héritage n'a fondé le droit de l'héritage* », et résume l'état actuel du droit en notant que « *le droit à hériter n'existe pas, mais là où l'héritage est admis, il doit l'être sans discrimination* »⁴. Il semble en effet que, si l'apparition d'un droit à hériter ne peut être exclue dans le futur, celui-ci n'est pas suffisamment défini aujourd'hui

¹ Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2010, p. 267.

² Bellivier (Florence) et Rochfeld (Judith), « Droit successoral — Conjoint survivant — Enfant adultérin », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2002, p. 156.

³ Voir par exemple Grimaldi (Michel), « La représentation de l'héritier renonçant », *Defrénois*, Lextenso, 2008, n°1, p. 25.

⁴ Pégliion-Zika (Claire-Marie), « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 1.

pour être invoqué directement.

Le droit de propriété ne peut être invoqué seul pour justifier des prétentions sur un héritage. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme nous enseigne en revanche que cet article 1^{er} au premier protocole additionnel, s'il est inefficace pour réclamer un héritage quand il est utilisé seul, peut en revanche devenir opérant lorsqu'il est conjugué avec un autre droit garanti. Ainsi, dans le célèbre arrêt Mazurek¹, la Cour de Strasbourg se penche sur une violation combinée des articles 1^{er} du premier protocole à la convention (portant sur le respect du droit de propriété) et de l'article 14 de la convention sur le principe de non-discrimination dans le cas des enfants adultérins. Ceux-ci, en effet, avaient une vocation successorale établie par la loi, mais fixée à une proportion inférieure à celle des enfants légitimes. La Cour peut analyser une loi de dévolution successorale s'il est allégué que celle-ci est discriminatoire. Il n'est toutefois pas certain que ce raisonnement puisse être adapté à la question de l'enfant incestueux, sa situation différant grandement de celle de l'enfant adultérin de l'arrêt Mazurek. En effet, si ce dernier avait une vocation successorale réduite par rapport à un enfant légitime, sa vocation successorale était existante, et il venait à la succession en qualité d'enfant du *de cuius*, rendant sa différence de traitement avec l'enfant légitime manifeste. Or, cette vocation successorale en qualité d'enfant est absente dans le cas de l'enfant incestueux, cette absence de vocation n'étant qu'une conséquence de l'absence de lien de filiation. La discrimination entre deux enfants biologiques du *de cuius* est de ce fait médiate (et peut d'ailleurs ne pas se matérialiser si le *de cuius* n'avait pas d'autre enfant que celui né d'un inceste, lequel ne s'en trouverait pas plus appelé à succéder en tant qu'enfant).

Cependant, les deux situations présentent certaines analogies. L'enfant incestueux, dont la loi refuse l'établissement du lien de filiation avec son père, possède en effet par hypothèse un lien de parenté reconnu par la loi avec lui. Ce lien, pour que l'article 310-2 du Code civil vienne empêcher l'établissement de la filiation incestueuse, est nécessairement un lien de parenté en ligne directe (le père de l'enfant est reconnu par la loi comme son grand-père ou arrière-grand-père) ou en ligne collatérale au troisième degré (le père de l'enfant est reconnu par la loi comme son oncle). De tels degrés de parenté font de l'enfant dont le lien de filiation ne peut être établi

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 1^{er} février 2000, n°34406/97, affaire Mazurek c. France, note Casey (Jérôme), « Droits successoraux de l'enfant adultérin, condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2000, n° 3, p. 24 ; Marguénaud (Jean-Pierre), « Inégalité successorale de l'enfant adultérin : le contribuable français perd 500 000 F à la suite d'un pari européen inconsidérément engagé par la première chambre civile de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2000, p. 429 ; Stoffel-Munck (Philippe), « L'enfant qui sort de l'ombre : L'adultérin à la lumière des Droits de l'Homme », *Droit et patrimoine*, Lamy, 2000, n° 82, p. 56 ; Vareille (Bernard), « L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2006, p. 626.

un héritier *ab intestat* de son géniteur incestueux en l'absence d'autres héritiers légaux¹. La vocation héréditaire de l'enfant existe, mais peut ne pas se concrétiser, car d'autres héritiers d'un ordre plus avancé font écran entre le défunt et son enfant incestueux, tels des enfants dont la parenté a pu être établie. L'enfant incestueux pourrait donc arguer que son impossibilité d'établir le lien de filiation produit une discrimination successorale en lui interdisant de faire valoir sa place dans l'ordre de la succession par rapport aux autres héritiers. Peut-être pourrait-il aussi se dire victime d'une discrimination s'il est appelé à la succession en l'absence d'héritiers d'un rang plus avancé, ne bénéficiant pas de la fiscalité des successions en ligne directe, moins désavantageuse que pour les successions en ligne collatérale².

Le contrôle de proportionnalité, après avoir conclu que l'ingérence est prévue par la loi et poursuit le but légitime de prévenir les incestes et de limiter leur visibilité sociale, consisterait à analyser si cette prohibition d'établir le lien de filiation ne produit pas en l'espèce un résultat disproportionné par rapport aux droits garantis.

326. **Inceste et « droit » aux origines** Au-delà de la question successorale, une argumentation plus générale contre l'impossibilité d'établir un double lien de filiation pour un enfant né d'un inceste absolu existe. La revendication du droit aux origines, ou droit à l'accès aux origines, est en effet dans l'air du temps, utilisée tant concernant les enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse que pour les enfants adoptés ou nés d'une technique d'aide médicale à la procréation avec tiers donneur³. Toutes ces situations présentent entre elles et avec l'inceste absolu des différences substantielles, mais convergent pour montrer que les limites à la révélation et à l'établissement d'une filiation biologique semblent de moins en moins acceptées par la société.

Pourraient ici être invoqués les articles 8 de la Convention européenne, quoique la Cour de Strasbourg ne semble pas s'être prononcée sur l'établissement d'une filiation incestueuse, et 7.1 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant. Ce dernier texte indique que l'enfant a « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* »⁴.

¹ Dans le cas de l'oncle, par exemple, le neveu hérite en l'absence de conjoint survivant, d'enfants, d'ascendants et de frères et sœurs vivants (Code civil, article 734).

² Le taux marginal d'imposition d'une mutation à titre gratuit en ligne directe est de 45 % au-delà de 1,8 million d'euros, lorsqu'il atteint 55 % dès 7967 euros entre un oncle et son neveu (Code général des impôts, articles 777 et 779).

³ Le Code de la santé publique (article L2143-2) a récemment évolué sur ce point. Voir Monéger (Françoise), « L'accès aux origines des enfants issus d'un don », *Revue de droit sanitaire et social*, Dalloz, 2021, p. 836.

⁴ La Cour de cassation a reconnu son applicabilité directe. Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 7 avril 2006, n°05-11.285 et 05-11.286, affaire dite Benjamin, note Hauser (Jean), « Adoption anonyme : la liberté ne résume pas toute la filiation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2006, p. 292 ; Remy-Corlay (Pauline), *Revue*

Un contrôle de proportionnalité peut se fonder sur ces textes, demandant au juge de vérifier que la prohibition de l'établissement du double lien n'aboutit pas à une atteinte disproportionnée aux droits garantis. La chose ne semble pourtant pas spécialement prometteuse. En effet, le texte de la Convention de New York est relativement flou dans son expression sur le fait de « *connaître ses parents* », la connaissance pouvant désigner un accès aux origines et non un établissement du lien de filiation. L'article 8 de la Convention européenne, quant à lui, s'il est utilisé pour défendre la filiation lorsqu'elle est naturelle, adultérine ou adoptive, ne semble pas encore avoir été utilisé par la Cour de Strasbourg dans le cadre d'une filiation incestueuse. Plus encore, il n'est pas certain que le contrôle de proportionnalité soit l'outil idoine pour vérifier la conformité de l'article 310-2 du Code civil à ces textes. Les arguments tournant autour de l'accès aux origines, en effet, présentent un fort caractère de généralité, tendant à soutenir qu'il est nécessaire pour tout enfant de pouvoir établir sa filiation biologique. Or, l'intérêt du contrôle de proportionnalité est de venir écarter l'application de la loi dans des situations sinon exceptionnelles, du moins spécifiques, et non dans la situation typique pour laquelle une loi est édictée. Un tel contrôle relève du contrôle de conventionnalité classique, contrôle abstrait pratiqué par la Cour de cassation de longue date, depuis l'arrêt dit Cafés Jacques Vabre de 1975¹. Si un contrôle de proportionnalité était demandé sans que des éléments factuels distinguent la situation de la masse des cas où le texte s'applique, le plaideur aurait à craindre que son argument soit balayé, faute de quoi les critiques du contrôle de proportionnalité comme un danger pour l'édifice normatif seraient pleinement justifiées.

Comme éléments factuels spécifiques à même de donner toute sa place au contrôle de proportionnalité, des circonstances faisant que l'impact social de la révélation de l'inceste sera limité peuvent être invoquées. Il pourrait en être ainsi du fait que les deux parents biologiques portent un nom différent, ou que, si un lien de parenté entre eux existe, ils ne l'ont découvert que tardivement, faisant que l'inceste est plus biologique que social. C'est seulement avec une argumentation distinguant la situation en cause du *plerumque fit* que le contrôle de proportionnalité serait l'outil adapté pour invoquer un droit aux origines en matière d'inceste. En dehors de cet exemple de l'inceste, qui paraît prometteur, il est intéressant d'évoquer quelques utilisations potentielles en matière patrimoniale.

trimestrielle de droit civil, Dalloz, 2006, p. 273 ; Salvage-Gerest (Pascale), « Un autre regard sur l'affaire "Benjamin" », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2007, p. 879.

¹ Cour de cassation, Chambre mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, sur lequel voir Lequette (Yves), Terré (François) et Capitant (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I*, Dalloz, 2015, n° 4.

327. **Proportionnalité et sanction des pouvoirs des époux** Un tel scénario s'agissant des effets sur les tiers au mariage des règles de pouvoir entre les époux est concevable. Le régime matrimonial légal de la communauté réduite aux acquêts cherche à établir un équilibre entre la protection des biens communs et la facilité de gestion. À ce titre, le principe est que tout acte d'administration et de disposition réalisé par un époux sur un bien commun est opposable à l'autre, l'époux ayant passé l'acte pouvant seulement être tenu responsable de ses fautes de gestion¹. Par exception, certains actes ne peuvent être passés par un époux sans le consentement de l'autre. Il s'agit notamment des donations², de certains baux³, et des actes ayant pour objet d'« *aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité* »⁴. La sanction du dépassement de pouvoir est la nullité de l'acte, qui peut être demandée par l'époux victime avec de strictes conditions de délai⁵, et non par l'époux ayant passé l'acte ou l'autre partie au contrat⁶. Cette sanction conduit à des conséquences très importantes et potentiellement très préjudiciables pour l'autre partie à l'acte. La finalité du texte, protégeant l'allocation des pouvoirs au sein du régime matrimonial, et donc *in fine* les biens communs, commande en effet une sanction des plus vigoureuses.

En conséquence, la Cour de cassation a pu rappeler que le Code civil prescrivait que la sanction soit la nullité, et non l'inopposabilité à l'époux ayant agi pour faire valoir le dépassement de pouvoir de son conjoint⁷. S'il en allait autrement, l'inopposabilité n'aurait qu'un faible intérêt pour l'époux lésé, étant donné que l'acte d'appauvrissement réalisé en contravention aux règles du régime légal pourrait tout de même produire ses effets.

Autre conséquence de cette nullité, il est impossible de faire payer à l'époux ayant fautivement souscrit un engagement une quelconque clause pénale ou de dédit⁸. La chose s'explique sans mal. Comme l'indique Brémond, « *la nullité provoquant l'anéantissement de l'acte, il est fort logique que toutes les clauses relatives à l'inexécution dudit acte, en l'occurrence une clause pénale, soient caduques, car l'on ne peut pas "inexécuter" un acte qui, rétroactivement, est*

¹ Code civil, article 1421.

² Code civil, article 1422.

³ Code civil, article 1425.

⁴ Code civil, article 1424.

⁵ Code civil, article 1427.

⁶ Grimaldi (Michel) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2021 (7^e édition), n°139.41.

⁷ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 17 juin 1981, n°80-11.140.

⁸ Voir par exemple Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 3 mars 2010, n°08-18.947, Note Champenois (Gérard), *Defrénois*, Lextenso, 2011, p. 368 et Vareille (Bernard) « Régime primaire, article 215 alinéa 3 du Code civil : la nullité du compromis de vente du logement de la famille signé par un époux seul infecte la clause pénale qui lui est attachée », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, p. 367.

censé n'avoir jamais existé »¹. Décider autrement, comme l'avait fait à tort une Cour d'appel, serait « *confondre nullité et inopposabilité* »².

Cette sanction rejaillit sur le cocontractant de l'époux fautif sans que sa bonne ou mauvaise foi soit prise en compte³, donnant parfois lieu à des situations particulièrement problématiques. En effet, ce tiers au mariage, ayant contracté avec un époux fautif, ne peut plus rien obtenir du contrat annulé, ce qui s'explique tant en logique qu'en opportunité. Cependant, la *ratio legis* de l'article 1427 du Code civil a conduit le juge à renforcer la vigueur de la protection des règles de pouvoir au-delà de ce qui est immédiatement commandé par la lettre de la loi. La Cour de cassation a élaboré une jurisprudence établie affirmant que « *le seul fait d'avoir vendu un immeuble commun sans le consentement de sa femme ne constitue pas une faute dont le mari devrait répondre envers l'acquéreur* »⁴. Si un partage de responsabilité entre le cocontractant ne s'enquérant pas du consentement des deux époux et l'époux ayant contracté seul aurait pu convaincre, cette affirmation de l'absence de faute du mari ayant sciemment gardé le silence sur le consentement de son épouse interroge plus⁵.

Une idée rendant cette sévérité acceptable semble être le fait que, au vu de la nature des biens concernés par les règles de cogestion sanctionnées par l'article 1427, un professionnel sera très souvent partie au contrat ou présent dans son élaboration ou sa perfection. Par exemple, s'agissant d'un avant-contrat de vente d'un immeuble, ce sera souvent un agent immobilier, un notaire lors de la vente *stricto sensu*. La présence de ces professionnels complique la fraude d'un époux, le professionnel étant rompu aux règles des régimes matrimoniaux. Cette obligation est en pratique renforcée par le recours à la responsabilité pour faute du professionnel ayant laissé les parties conclure un contrat nul, présenté par les auteurs comme le moyen approprié pour le tiers afin d'obtenir réparation⁶. La responsabilité professionnelle permettrait que l'époux lésé ne subisse aucune conséquence, même indirecte, de la faute de son conjoint, tout en réparant le préjudice subi par le cocontractant.

¹ Brémond (Vincent), « Protection du logement de la famille : La conformité de l'action en nullité de l'article 215, alinéa 3, du Code civil aux intérêts du conjoint demandeur », *La semaine juridique notariale et immobilière*, LexisNexis, 2010, p. 1226.

² Champenois (Gérard), Note sous Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 3 mars 2010, n° 08-18.947, *Deffrénois*, Lextenso, 2011, p. 368.

³ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 6 février 1979, n°77-15.300 et 77-15.369. Dans cette affaire, l'époux fautif avait présenté à ses cocontractants une femme comme étant son épouse, leur donnant l'illusion que les deux époux avaient consenti.

⁴ Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 24 mars 1981, n°79-14.965, note Durry (Georges), *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1981, p. 854.

⁵ L'arrêt réserve l'hypothèse des manœuvres dolosives du mari, sans envisager la situation de la réticence dolosive.

⁶ Champenois (Gérard), Note sous Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 3 mars 2010, n° 08-18.947, *Deffrénois*, Lextenso, 2011, p. 368, Vareille (Bernard) « Régime primaire, article 215 alinéa 3 du code civil : la nullité du compromis de vente du logement de la famille signé par un époux seul infecte la clause pénale qui lui est attachée », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, p. 367.

Des auteurs semblent se satisfaire de l'état actuel du droit sur la question, considérant que l'impératif d'effectivité des règles de pouvoirs dans les régimes matrimoniaux justifie une sanction large et vigoureuse. Brémond note que « *la protection des intérêts du conjoint, finalité de la cogestion de l'article 215, alinéa 3, impose ces solutions* »¹, et Monsieur Vareille affirme que l'on « *ne peut que se réjouir de voir le dépassement de pouvoirs stigmatisé d'une sanction aussi complète* »².

On peut, de manière générale, souscrire à ce constat que la protection des règles du régime matrimonial justifie que le cocontractant voit parfois ses intérêts sacrifiés, étant entendu qu'il pourra bien souvent se retourner contre un tiers professionnel. Cependant, n'est-il pas imaginable que le contrôle de proportionnalité puisse parfois être utilisé, lorsque des circonstances particulières rendent ce régime trop injuste vis-à-vis du tiers ? Le cocontractant pourrait invoquer son droit au respect de ses biens, garanti par l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et interprété de manière extensive par la Cour européenne, qui reconnaît par exemple que la protection de la propriété s'étend aux créances³ et aux espérances légitimes fondées sur des actes juridiques⁴. L'atteinte serait ici constituée par l'impossibilité radicale, alors que le demandeur a souscrit un contrat, d'obtenir l'exécution ou une réparation. Elle serait, en temps normal, justifiée par le besoin de protéger les biens soumis au régime matrimonial ainsi que l'autre époux et la famille, et rendue acceptable par les autres moyens d'obtenir réparation auprès d'un professionnel fautif. Mais, elle pourrait devenir disproportionnée face à des circonstances inhabituelles telles que la bonne foi du tiers, la mauvaise foi de l'époux cocontractant ayant gardé le silence ou de l'époux victime (qui pouvait être au courant, mais silencieux ou soulever la nullité dans le but de nuire à l'un des cocontractants), ou encore à l'absence de tiers professionnel pouvant indemniser la victime.

¹ Brémond (Vincent), « Protection du logement de la famille : La conformité de l'action en nullité de l'article 215, alinéa 3, du Code civil aux intérêts du conjoint demandeur », *La semaine juridique notariale et immobilière*, LexisNexis, 2010, p. 1226.

² Vareille (Bernard) « Régime primaire, article 215 alinéa 3 du code civil : la nullité du compromis de vente du logement de la famille signé par un époux seul infecte la clause pénale qui lui est attachée », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, p. 367.

³ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'Homme, 9 décembre 1994, n°13427/87, affaire Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/Grèce, note Flauss (Jean-François), *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 1995, p. 124 ; Marguénaud (Jean-Pierre), « Premières conséquences de l'assimilation des droits de créances à des biens au sens de l'article 1er du Protocole n° 1 », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1996, p. 1019 ; Zenati-Castaing (Frédéric), « Notion de propriété au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1995, p. 652.

⁴ Voir par exemple Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 10 juillet 2002, n°39794/98, affaire Gratzinger et Gratzingerova c/République tchèque.

328. **Proportionnalité et administration légale** Le contrôle de proportionnalité permet aussi de critiquer les effets concrets de la prohibition de la réalisation d'un acte. En matière d'administration légale d'un mineur, aux côtés des actes que le législateur soumet à une autorisation judiciaire¹, il en existe d'autres, considérés comme trop dangereux ou nécessairement lésionnaires, qui sont interdits. Le texte précise que l'administrateur légal ne peut, « même avec autorisation », « aliéner gratuitement les biens ou les droits du mineur », « acquérir d'un tiers un droit ou une créance contre le mineur », « exercer le commerce ou une profession libérale au nom du mineur », ou encore « transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou les droits du mineur »².

Ce texte, et surtout son positionnement dans le Code, ne manque pas d'interroger certains auteurs. Madame Maria relève que cette liste d'actes interdits se trouve dans la section consacrée à l'intervention du juge des tutelles³, alors que cette intervention est ici vaine. Bien que l'auteur précise que cela signifie « nécessairement qu'il est inutile de saisir le juge pour demander une telle autorisation pour l'un des actes mentionnés et que le juge excéderait ses pouvoirs s'il délivrait une telle autorisation »⁴, d'aucuns pourront y voir un interstice argumentatif où s'engouffrer.

Concernant la raison pour laquelle ces actes sont considérés avec une méfiance spécifique et indépassable, celle-ci est aisément compréhensible, en ce qu'ils constituent soit un appauvrissement du mineur, soit le constituent ou risquent de le constituer débiteur dans des proportions importantes. La même dangerosité peut toutefois être crainte à l'égard de certains des actes qui peuvent être autorisés par le juge. Il apparaît que, pour établir de telles listes, le législateur a dû imaginer, pour chaque acte, si celui-ci était ou non susceptible de présenter plus d'avantages que d'inconvénients pour le mineur, les deux étant mis face à face pour faire basculer un acte dans la liste grise ou dans la liste noire. Une telle approche semblerait logique, tant des actes comportant de grands dangers peuvent présenter d'encore plus grands bénéfices dans une situation donnée.

Dès lors, le contrôle de proportionnalité pourrait être un moyen de demander au juge, en soutenant l'inconventionnalité du résultat produit par l'application à l'espèce de l'interdiction absolue d'un acte, d'exercer son pouvoir d'appréciation même sur la liste noire. Le juge pourrait alors considérer que l'application *in concreto* de l'interdiction absolue d'un acte donne lieu à

¹ Code civil, article 387-1.

² Code civil, article 387-2.

³ Maria (Ingrid), « Représentation et administration légale », in Murat (Pierre), *Dalloz Action Droit de la famille*, Dalloz, 2019 (8^e édition), n°236.191.

⁴ *Ibidem*.

une situation violant un droit conventionnellement garanti de l'enfant, et écarter dans la situation donnée l'application de l'article 387-2 pour autoriser l'acte.

Comme droits conventionnellement garantis pouvant être invoqués au soutien d'une telle demande, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme vient en premier à l'esprit, aux côtés de l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, garantissant l'intérêt supérieur de l'enfant comme une « *considération primordiale* »¹ devant les tribunaux.

329. Exemple : fiducie et administration légale À titre d'exemple², et en faisant preuve d'une certaine imagination, la constitution d'une fiducie peut être envisagée. Si cette opération, permettant au constituant de transférer des éléments de son patrimoine à un fiduciaire « *les tenant séparés de (son) patrimoine propre* » et « *agiss(ant) dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* »³, a principalement été pensée à l'origine comme utile dans le monde des affaires, devant servir aux banques d'outil de gestion et de garantie⁴, d'autres utilisations peuvent être envisagées pour cette technique inspirée du *trust* anglo-saxon. Parmi celles-ci, le rapport de Madame l'Avocat général Caron-Dégliise cite la protection des personnes⁵. La fiducie recevant les biens de la personne vulnérable serait utile « *car les revenus du patrimoine fiduciaire pourraient notamment servir à régler les frais d'hébergement dans une maison de retraite ou dans un établissement médicalisé ou les échéances d'une dette* »⁶. Dans le cas d'un mineur affligé d'un lourd handicap ne laissant guère d'espoir de le voir, après sa majorité, capable de vivre en autonomie et de gérer ses biens, la fiducie serait un moyen nouveau et supplémentaire permettant de charger un tiers de la gestion de ses biens tout en encadrant le versement des sommes nécessaires à sa vie quotidienne. Selon le rapport, cela serait particulièrement intéressant pour les personnes vulnérables disposant d'un patrimoine conséquent et requérant une gestion dynamique, les régimes de protection des majeurs étant mal adaptés à ces situations⁷.

Une telle utilisation de la fiducie ne semble pas s'être encore développée, mais il est difficile

¹ Convention internationale des droits de l'enfant, article 3.

² Sur les potentialités de la fiducie au profit des personnes vulnérables, voir Collet (Sébastien), Illhé (Romain) et Thibert-Belaman (Sophie), « L'essor de la fiducie à la faveur de l'ingénierie notariale », *Deffrénois*, Lextenso, 2022, n°40-41, p. 21.

³ Code civil, article 2011.

⁴ Barrière (François), « Fiducie », *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, n°17-18.

⁵ Caron-Dégliise (Anne), « L'évolution de la protection juridique des personnes, Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », Rapport de mission interministérielle, ministères de la Justice et des Solidarités et de la Santé, 2018, spécialement p. 48-50.

⁶ Rapport précité, p. 48.

⁷ Rapport précité, p. 49.

de voir, si la technique devait s'affiner, ce qui justifierait que des administrateurs légaux ne puissent y recourir pour anticiper le passage de l'enfant vers la majorité, et pour traiter la crainte que ses affaires soient mal gérées s'ils venaient à disparaître. Il est concevable que, dans des situations très particulières eu égard au besoin de l'enfant et à son patrimoine, la prohibition générale établie par l'article 387-2 de transférer des biens dans un patrimoine fiduciaire puisse être inopportune. L'application d'un contrôle de proportionnalité permettrait au juge d'écarter le texte si le cas concret et l'intérêt de l'enfant le commandent, sans attendre que le législateur fasse évoluer la loi, et sans prononcer une inconventionnalité générale de la prohibition qui réduirait la protection des mineurs.

Paragraphe II : L'impérativité de la loi, outil de modulation du contrôle par le législateur

330. **La délégation volontaire du pouvoir de prendre en compte le fait** Le constat de la corrélation entre le degré d'impérativité de la loi et l'intérêt du contrôle de proportionnalité permet de constater que le législateur a la main sur l'efficacité du contrôle de proportionnalité. Il peut, lorsqu'il élabore la législation, prévoir dans une certaine mesure les effets du contrôle sur telle ou telle disposition. Comme l'exprimait déjà le Doyen Carbonnier, la règle de droit peut « *se vouloir souple et déléguer expressément au juge [un] pouvoir d'accommodement* »¹. Alors que le contrôle de proportionnalité est contesté, il est intéressant de s'interroger sur les modalités (A) et les intérêts (B) de cette anticipation par le législateur.

A : Modalités

331. **Ménagement d'un espace de pouvoir du juge** La légistique peut être utilisée pour moduler l'intérêt du contrôle de proportionnalité en recourant à l'introduction dans la loi de standards (1) ou d'alternatives (2).

1 : Utilisation de standards

332. **Standards** Le moyen le plus efficace, c'est-à-dire le plus à même de rendre inutile le contrôle de proportionnalité, est pour le législateur d'introduire un standard ou une notion molle dans son texte de loi. La disposition, au lieu de prescrire une solution précise à appliquer lorsque les conditions définies sont réunies, ménagera un certain flou — que l'on n'osera qualifier d'artistique — en se contentant d'indiquer la *ratio legis*, but poursuivi par la disposition et qui doit guider le juge, sous-tendre sa décision. Face à une telle disposition, les

¹ Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°9.

parties pourront produire une argumentation largement nourrie des faits spécifiques de l'espèce, que le juge sera parfaitement à même de prendre en compte dans leur globalité pour décider conformément aux droits et libertés fondamentaux sans risquer d'être en contrariété avec la loi. Le recours au contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes sera donc inutile, et l'invocation des textes de valeur supra-législative sera elle-même superflue, l'interprétation conforme permettant une harmonie de la hiérarchie des normes sans recours à un contrôle qui rend visible l'absence de suprématie de la loi. C'est sans doute ce à quoi Monsieur Fulchiron fait référence lorsqu'il indique que l'exclusion du contrôle de proportionnalité est possible lorsque « *le législateur a réglé in abstracto les conditions de l'application concrète de la norme qu'il édicte* »¹, ce règlement prenant ici la forme d'une sorte de délégation expresse au juge, qui juge *in concreto* non plus en application de la hiérarchie des normes mais puisque la loi le lui commande.

Une telle technique est déjà largement répandue, par exemple à l'article 371-4 du Code civil, qui proclame le droit pour l'enfant « *d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants* », y compris ses grands-parents. Si ce texte se contentait de cette affirmation, le juge devant statuer sur une demande de droit de visite d'ascendants à l'influence néfaste devrait, pour la refuser, se référer à un texte de valeur supérieure proclamant l'intérêt de l'enfant, ou son droit à un environnement familial sain, le contrôle de proportionnalité constituant le bon outil pour cela. Or, ce recours à une norme de valeur supérieure n'est pas requis ici, le texte du Code civil indiquant que « *seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit* »². La limite au principe posé dans le texte est contenue dans celui-ci, permettant au juge d'en faire une application conforme aux droits fondamentaux de l'enfant sans devoir convoquer les textes de valeur supra-législative les proclamant.

333. Exemples d'utilisations potentielles

Le recours au standard pourrait, dans une certaine mesure, être étendu pour neutraliser certaines hypothèses de contrôle de proportionnalité. Par exemple, dans le cas des actes interdits aux administrateurs légaux³, rien n'empêche d'imaginer que ceux actuellement placés dans une liste noire (qui ne peuvent être autorisés par le juge⁴) rejoignent ceux de la liste grise (dont les actes ne peuvent être conclus par les administrateurs légaux qu'avec l'autorisation du juge⁵). Il serait alors considéré que le

¹ Fulchiron (Hugues), « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 468.

² Code civil, article 371-4, modifié par la loi n°2007-293 du 5 mars 2007.

³ Voir n°328.

⁴ Code civil, article 387-2.

⁵ Code civil, article 387-1.

standard de l'intérêt de l'enfant, qui guide le juge dans l'autorisation ou le refus d'un acte, suffise même pour les actes potentiellement les plus dangereux.

Il est possible d'aller plus loin, et d'imaginer, dans un autre domaine, que le législateur ressuscite le bref délai que posait jadis le Code civil pour l'action résultant des vices rédhibitoires au sein du contrat de vente¹. Ce standard, permettant de calculer la prescription avec une montre molle, rendrait totalement inutile tout contrôle de proportionnalité d'un délai de prescription, permettant au juge d'apprécier l'écoulement du temps au regard des circonstances spécifiques de l'espèce. Il viendrait mettre fin à tout risque de déstabilisation due au contrôle de conventionnalité concret en matière de prescription des divers délais existant en droit de la filiation. Toutefois, le bref délai de la garantie édilicienne, par trop flou, génèrait un foisonnant contentieux et était critiqué par les auteurs². L'idée de le raviver pour l'étendre à des sujets encore plus sensibles que le droit de la vente ne paraît de fait pas tout à fait sérieuse. Un mécanisme plus doux peut venir, de manière plus acceptable, limiter l'intérêt du contrôle de proportionnalité en matière de délai de prescription.

2 : Utilisation d'alternatives

334. **Alternativité** Faire reposer la prescription sur un standard est en effet peu satisfaisant. Si cela permet la prise en compte des droits fondamentaux et des spécificités factuelles de chaque affaire, cela annihile tout l'intérêt de cette institution, qui est, par l'écoulement du temps, de cristalliser une situation. Cet effet de sécurisation ne peut se produire si aucun délai n'est fixé sans l'intervention du juge.

La fixation dans la loi de délais pluriels permettrait de prendre une partie des avantages de chaque cas de figure, permettant d'avoir un délai fixé par la loi tout en prenant en compte certaines situations factuelles. Un tel mécanisme est déjà présent dans le Code civil. En effet, l'action par laquelle un époux peut obtenir la nullité d'un acte passé par l'autre en mépris des règles de pouvoirs fixées par le régime matrimonial légal est ouverte « *pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté* »³. Pour vérifier que cette action ne soit pas prescrite, il faut donc à la fois que l'époux agissant ait connaissance de l'acte litigieux depuis moins de deux ans, et que la communauté n'ait pas été dissoute depuis plus de deux ans.

Un tel dispositif pourrait être utilisé dans d'autres hypothèses où un délai de prescription est

¹ Code civil, article 1648 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005.

² Hervio-Lelong (Anne), « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2002, p. 2069.

³ Code civil, article 1427.

posé. Par exemple, dans la situation ayant donné lieu à l'arrêt qui a à grand bruit introduit le contrôle de proportionnalité devant le juge civil¹, un délai de trente ans s'applique pour l'action en nullité du mariage, le délai étant compté à partir de sa célébration². Or, les raisons justifiant que la nullité du mariage soit contestée ne sont pas les mêmes selon que les époux sont toujours en vie ou que l'un d'eux est décédé. Il peut être postulé que, bien souvent, elles seront plus anthropologiques dans le premier cas, et plus successorales dans le second. Il est parfaitement concevable que la société n'entende pas accorder la même importance à ces deux catégories d'intérêt, et ne perçoive pas le délai de prescription de la même manière selon la situation, ce qui expliquerait en partie que la Cour de cassation ait entendu préserver le mariage qui n'avait pourtant duré que vingt-deux ans. Il serait envisageable de compléter l'article 184 du Code civil pour indiquer que l'action en nullité, qui se prescrit par trente ans, ne peut être intentée plus d'un an après la dissolution du lien matrimonial par l'effet du décès de l'un des époux³.

Dans une telle hypothèse, l'impérativité du texte est préservée, mais celui-ci ménage des hypothèses particulières, permettant la prise en compte de certaines situations factuelles. Cela rend le contrôle du respect concret de la hiérarchie des normes inutile dans ces hypothèses envisagées par le texte. Ici, le pouvoir d'appréciation n'est pas confié au juge, mais le législateur imagine lui-même un cas où l'application d'une disposition impérative ne serait pas satisfaisante. La chose consiste en quelque sorte à constituer des alternatives se déclenchant selon les faits de l'espèce, permettant au législateur de retenir son pouvoir tout en parant aux situations où l'application du principe serait inadaptée aux circonstances de fait. Un tel cas a été rencontré dans les dispositions relatives à l'âge de l'adoptant, la condition d'âge exigée par la loi⁴ ne s'appliquant plus lorsqu'il s'agit d'adopter l'enfant du conjoint⁵. Il ne se limite donc pas à l'hypothèse des délais de prescription.

B : Intérêt

335. Apparence du pouvoir du législateur La modulation par le législateur de l'intérêt du contrôle de proportionnalité permet de réduire le recours à cet outil. Sur le plan des apparences, cela donne une image de la primauté de la loi plus importante (1). Il n'est cependant

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Notes Bahurel (Charles), « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Defrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140, Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 153, Hauser (Jean), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du Code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88, Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

² Code civil, article 184.

³ Code civil, article 227.

⁴ Code civil, article 343-1.

⁵ Code civil, article 343-2.

pas certain, dans la réalité, que cela affecte l'étendue de l'office du juge dans les matières concernées (2).

1 : Apparence

336. **Préserver les apparences** Politiquement, la question de la primauté des conventions internationales sur la loi est un sujet porteur, des représentants de toutes les nuances du spectre politique pensant trouver leur intérêt dans la critique des décisions remettant en cause la loi française. Le contrôle de proportionnalité pourrait parfaitement être critiqué sur ces bases, revenant à vérifier que la loi française ne méconnaît pas une convention internationale ou potentiellement un autre texte de valeur supra-législative. Il serait une épine dans le pied d'un Parlement voulant donner à ses électeurs la démonstration de sa capacité à légiférer de manière rapide et efficace. Celui-ci pourrait s'intéresser à des outils de légistique permettant de limiter le risque d'un contrôle de proportionnalité pouvant dire une loi non conforme *in concreto* à un engagement international en plaçant volontairement sa loi sur un terrain où le contrôle est inutile. Tout en préservant l'apparence de la force de la loi, l'utilisation de tels moyens de rendre inutile le contrôle ne sacrifie pas le respect des droits et libertés fondamentaux, qui pourraient toujours guider le juge devant appliquer une loi plus floue. Un partage conscient du pouvoir entre le juge et le législateur peut être établi par ce dernier, au moins dans certains domaines. S'il entend manifester son pouvoir par l'édition de lois à la précision tatillonne, il s'exposera à ce que la conformité de celle-ci aux engagements internationaux de la France soit vérifiée par le juge. À l'inverse, lorsque ses textes de loi resteront dans la généralité, fixant le cap à atteindre, le juge se chargera de naviguer entre les récifs en interprétant le texte de loi conformément aux droits et libertés fondamentaux. Ce que le législateur donnerait calmement au juge, celui-ci n'aurait pas à le prendre dans une décision spectaculaire évinçant une loi applicable.

2 : Rémanences

337. **Indifférence quant au pouvoir du juge** Cependant, au-delà des apparences, dont l'importance n'est pas à négliger lorsqu'il s'agit du rôle du législateur, il n'est pas certain que ces dispositifs de légistique changent profondément la donne par rapport au contrôle dit de proportionnalité. En effet, dans les deux hypothèses (contrôle de proportionnalité ou utilisation d'un inhibiteur légistique), c'est le juge et non le législateur qui analysera les faits de l'espèce pour décider. Sans doute ne peut-il en être autrement dans certaines matières où se rencontre le besoin d'une loi qui fixe des solutions et des situations factuelles variées et sensibles, mais la solution proposée n'est qu'un moyen de maquiller le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*.

Dans tous les cas, cela revient à reconnaître au juge un certain pouvoir, ne modifiant que la manière dont celui-ci exerce son ministère. De tels dispositifs sont intéressants pour ceux qui déplorent que la soumission de la loi à des textes de valeur supérieure soit si visible, et non pour ceux qui entendent restaurer un rapport du juge et de la loi tel qu'il était fantasmé par le passé.

Section II : La nécessité de l'intervention du juge

338. **Pas de contrôle sans juge** Le degré d'impérativité de la loi est un bon indicateur de l'intérêt du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. Cette affirmation, cependant, postule que la réalisation du droit, quand elle ne relève pas de la pratique sociale volontaire, passe très largement par le juge, chargé de trancher des litiges. Le contrôle de proportionnalité, en effet, n'a été envisagé que dans cette perspective contentieuse. Or, ce rôle du juge est en recul, de même, plus globalement, que son intervention dans la société. Ce constat d'une « *dépossession* » du juge est fait non seulement en droit des personnes et de la famille¹, mais aussi de manière plus globale, conduisant Monsieur Cadiet à parler d'une « *conception syncrétique de l'accès à la justice* »² pour désigner la pluralité des manières, pour un citoyen, de faire valoir ses droits. Le rôle du juge, dont le temps est plus précieux que jamais, serait donc recentré sur « *ses fonctions les plus nobles : trancher le litige et faire usage de son expertise* »³.

Face à ce constat transversal, et dans la perspective d'une « *politique de l'amiable* »⁴ qui ne soit pas « *un gadget procédural [ou] un outil de gestion des flux* »⁵, se pose nécessairement, dans la présente étude, la question de son impact sur le contrôle de proportionnalité, dans ses modalités, dans son utilité ou dans sa fréquence. La vague de proportionnalité qui vient vivifier la plage des droits fondamentaux ne serait-elle qu'un épiphénomène face à la marée montante du règlement extrajudiciaire des différends ?

Pour tenter de répondre à la question, il convient de distinguer le recul du juge, qui modifie son office (**Paragraphe I**), de la promotion des modes alternatifs, porteuse de la promesse d'un règlement des litiges sans recours au juge (**Paragraphe II**).

¹ Brunetti-Pons (Clotilde), « De quelques réflexions autour d'un phénomène de déjudiciarisation en droit des personnes et de la famille », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n°17, p. 7.

² Cadiet (Loïc), « L'accès à la justice », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 522.

³ Mekki (Mustapha), « Le « citoyen au cœur du service public de la justice » : info ou intox ? », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°43, p. 3.

⁴ Dupond-Moretti (Eric), *Lancement de la politique de l'amiable*, discours du 13 janvier 2023, disponible sur le site internet du Ministère de la Justice.

⁵ *Ibidem*.

Paragraphe I : Le recul du juge

339. **Lien entre présence du juge et faisabilité du contrôle** Le recul du juge se manifeste tant par une baisse d'intensité de son office que par une disparition de la possibilité d'y recourir. Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes étant pratiqué par le juge, ces phénomènes doivent nécessairement affecter la possibilité et les modalités de sa réalisation. Le contrôle deviendra impraticable lorsque le recours au juge sera exclu, que ce caractère impraticable tienne à une impossibilité ou à une inutilité. Il est plus intéressant de s'interroger sur la place résiduelle du contrôle lorsque le juge demeure présent, mais voit son office baisser en intensité. Pour cela, il faut explorer l'intérêt de la réalisation du contrôle, qui demeure en matière gracieuse (A), ainsi que la disparition de sa possibilité quand le législateur déjudiciarise une question (B).

A : Persistance de l'intérêt du contrôle en matière gracieuse

340. **Matière gracieuse et office du juge** Au sein des syntagmes de juridiction gracieuse ou de matière gracieuse, le mot gracieux est utilisé comme l'antonyme de contentieux, désignant ce qui est dépourvu de caractère litigieux¹, ce qui se développe en dehors d'une contestation². La juridiction gracieuse confie au juge la mission de réaliser « *le contrôle de la légalité de l'acte qui lui est soumis et parfois la mission d'apprécier les intérêts en présence* »³, mais pas celle de trancher un litige, de donner raison à une partie et tort à une autre. L'office du juge consiste ici à recevoir certains actes émanant d'une « *volonté privée* », à coopérer à leur perfection⁴. Cette définition sommaire posée, deux visions de l'office du juge peuvent éclairer l'utilisation par le législateur de la juridiction gracieuse.

Tout d'abord, l'office gracieux du juge peut s'expliquer par un périmètre de plus en plus restreint de son intervention, et, plus largement, du rôle de la loi. Il est alors concevable, comme l'a fait Hauser⁵, que, dans la matière contentieuse, le juge soit « *chargé (...) de trancher les litiges, c'est-à-dire les "accidents"* », lorsque, dans la matière gracieuse, il serait « *affecté au règlement de la circulation sans avoir vraiment le pouvoir d'en déterminer le but* »⁶. L'office

¹ Guinchard (Serge) *et al.*, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 2020, entrée « Décision gracieuse ».

² Cornu (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, entrée « Gracieux ».

³ *Ibidem*, entrée « Juridiction gracieuse ».

⁴ Chainais (Cécile) *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, 2022 (36^e édition), n°1852.

⁵ Hauser (Jean), « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille », in Études offertes au Doyen Philippe Simler, LexisNexis Litec et Dalloz, 2006, p. 155 et s. La citation évoquée s'insère dans un développement concernant l'instauration de la mutabilité gracieusement contrôlée du régime matrimonial.

⁶ Restant dans la métaphore automobile, Monsieur Tani parle de « *conduite accompagnée* », ce qui renvoie une image un peu différente du rôle du juge (Tani (Alex), *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille, contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020, n°136).

gracieux serait, en même temps qu'un « *affadissement de la fonction juridictionnelle* »¹, un recul de l'influence du législateur, celui-ci renonçant à défendre une politique pour seulement vérifier l'absence de contrariété de la décision des justiciables avec les intérêts défendus par la loi *lato sensu*.

Par ailleurs, il est possible de présumer², là où une procédure gracieuse est requise, l'existence d'un conflit d'intérêts. Dans cette hypothèse, la matière gracieuse est considérée comme un terrain d'opposition d'intérêts qui ne sont pas nécessairement convergents, faisant de cette matière le terreau d'un « *contentieux latent* »³, d'un « *différend virtuel* »⁴, la procédure gracieuse cachant « *souvent, et parfois assez mal* »⁵ ce conflit latent. Une telle vision justifie que l'office gracieux du juge soit « *un office inquiet* »⁶, afin que le juge puisse, tant qu'il est encore temps d'échapper à une procédure contentieuse, détecter et traiter les germes d'un différend.

341. Proportionnalité dans la grâce Ayant présenté quelques traits saillants de la juridiction gracieuse, reste à se demander dans quelle mesure le développement du contrôle de proportionnalité peut rencontrer la matière gracieuse. Ces deux objets d'étude ne paraissent pas poursuivre des buts totalement différents, étant entendu que la juridiction gracieuse vise à protéger des justiciables dans le cadre de l'expression de leur volonté, lorsque le contrôle de proportionnalité permet la protection des droits et libertés fondamentaux de ces mêmes justiciables.

La mission du juge statuant en matière gracieuse est plurielle : il doit tant exercer un « *contrôle formel de légalité* », s'assurant que les « *conditions objectives de la légalité de l'acte juridique qui lui est soumis sont réunies* » que vérifier la « *légitimité* » et l'opportunité de la mesure⁷. Si le second bras de son office gracieux recèle sans doute un grand particularisme, le juge se départissant de sa mission de trancher pour apprécier, le premier semble plus proche de sa mission classique. En effet, celle-ci suppose un syllogisme dont la majeure est la règle posant les conditions devant être réunies pour qu'il puisse faire droit à la demande gracieuse en homologuant l'acte, et dont la mineure est composée des faits, permettant la vérification de la

¹ Mélin-Soucramanien (Béregère), « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 382.

² Boré (Louis), « L'office du juge en première instance, en appel et en cassation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2019, p. 41.

³ Strickler (Yves), « Matière et procédure gracieuses », *Jurisclasseur civil*, LexisNexis, n°43.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Raynaud (Pierre), « Le contentieux familial en droit judiciaire français », in Cambier (Cyr), *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial, approche comparative*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 89.

⁶ Chainais (Cécile) *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, 2022 (36^e édition), n°1858.

⁷ *Ibidem*, n°1860.

concordance des conditions légales et de la réalité. La vérification de la légitimité et de l'opportunité de la mesure ne vient qu'en second lieu, si les conditions légales sont remplies, pour apprécier la conformité de ce que la loi permet à un intérêt ou un standard qu'elle pose, tels l'intérêt de l'enfant ou celui de la famille.

Or, n'est-il pas imaginable qu'une condition posée par la loi ne soit pas remplie, mais que la demande soit tout de même opportune car conforme à l'intérêt dont la loi poursuit la satisfaction ? Il pourrait alors être soutenu qu'une inadéquation ou une disproportion existe entre le but poursuivi, et le moyen utilisé, trop restrictif. Le juge serait alors invité à réaliser un contrôle de proportionnalité pour neutraliser, dans la situation considérée, l'effet de la règle trop exigeante. Un tel procédé pourrait être particulièrement intéressant à l'encontre des règles posant un délai ou imposant le respect d'un temps. Il a été dit, certes à un autre sujet, que « *tout ce qui est chiffré est négociable, et négociable sera souvent traduit par contestable* »¹, et le contrôle de proportionnalité pourrait être un bon outil de négociation pour l'application de la règle générale au cas particulier en matière gracieuse.

342. Exemple de l'adoption

Un exemple de ce que pourrait être un tel contrôle se trouve dans la procédure d'adoption. En effet, l'article 344 du Code civil, applicable tant aux adoptions plénières qu'aux adoptions simples, requiert l'existence d'une différence d'âge d'au moins quinze ans entre adopté et adoptant, différence ramenée à dix ans en cas d'adoption de l'enfant du conjoint. Il est aisé d'imaginer la situation d'un adopté et d'un adoptant que séparent une différence d'âge de quelques mois inférieure à la limite légale, d'autant plus dans le cadre d'une adoption entre adultes². Si toutes les autres conditions sont remplies, et que l'adoption est conforme aux intérêts des parties, par exemple dans le cas où l'adopté prend soin de l'adoptant âgé comme d'un parent, pourquoi ceux-ci ne pourraient-ils pas introduire une demande en soutenant la disproportion de l'application à leur situation de la règle des quinze ans de différence ? Si l'hypothèse semble possible, il est vrai qu'elle relève quelque peu du cas d'école. En effet, l'article 344 du Code civil envisage lui-même une dérogation au délai qu'il pose, retenant que, « *s'il y a de justes motifs* », le tribunal peut prononcer l'adoption malgré une différence d'âge inférieure à celle prévue. L'utilité du contrôle de proportionnalité dans cette

¹ Carbonnier (Jean), « Préface », *Des libéralités, Une offre de loi*, Répertoire Defrénois, 2003, p. 8, ou encore « *tout ce qui est quantifiable est négociable* » Carbonnier (Jean), « L'âge de la majorité » in *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 60.

² Aujourd'hui, dans 90 % des adoptions simples, l'adopté est majeur, un tiers ayant plus de 40 ans. Secrétariat général Service support et moyens du ministère de la Justice, Sous-direction de la Statistique et des Études, *Les adoptions simples et plénières en 2007*, et, plus récent, Belmokhtar (Zakia), *L'adoption en 2018*, Ministère de la Justice, Secrétariat général, septembre 2020.

hypothèse n'apparaît pas directement, à moins de constater que le critère des justes motifs soit d'une exigence particulière. Cette possibilité d'exemption de délai prévue par la loi à l'appréciation du juge pourrait aussi être lue comme une invitation à contrôler la proportionnalité de la règle abstraite à la situation concrète.

343. **Exemple du don d'organe** Un autre exemple peut s'imaginer s'agissant du don d'un organe prélevé sur une personne vivante. Dans son régime juridique, celui-ci diffère radicalement de la transplantation d'organes prélevés sur un défunt en ce que le principe d'anonymat du donneur ne s'applique pas¹. Bien au contraire, le don réalisé par une personne vivante est sous-tendu par un puissant *intuitu personae*, s'expliquant par des raisons de bioéthique et encadré par la loi. Le Code de la santé publique énumère les relations que doit avoir le donneur avec le receveur pour que le prélèvement d'organe sur un donneur vivant soit possible². Lorsque les conditions sont remplies et que le donneur a été informé des risques encourus, celui-ci doit exprimer son consentement devant le Président du Tribunal judiciaire ou le magistrat désigné³. Celui-ci « *s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues* »⁴ par les textes. La chose semble bien relever de la matière gracieuse, l'intervention du juge étant requise pour permettre au consentement du donneur de produire ses effets. Or, le juge peut constater que les conditions de lien entre donateur et donataire ne sont pas réunies mais que la finalité de la condition, qui est de s'assurer de l'absence de pressions subies par le donateur et de la consistance du lien qui l'unit au donataire est tout de même satisfaite. Ce pourrait être le cas si le lien affectif et stable qui unit les deux ne peut être attesté depuis deux ans mais depuis une durée marginalement inférieure. Le lien pourrait être corroboré par un autre élément ne constituant pas un critère rendant le don possible mais y ressemblant, comme le fait que le donataire est le frère ou la sœur du conjoint du donateur. Dans cette situation, il est possible d'imaginer le juge utiliser l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui garantit le droit au respect de la vie privée, pour apprécier la conventionnalité concrète de ces restrictions qui empêchent le don d'organe,

¹ Ce principe concerne tout « *élément ou (...) produit* » du corps humain, incluant aussi le sang. Code civil, article 16-8, Code de la santé publique, article L1211-5.

² Code de la santé publique, article L1231-1, I. « *Peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur* ».

³ Code de la santé publique, article L1231-1, III.

⁴ *Ibidem*.

et le dire possible dans l'affaire considérée.

344. **Ambivalence de la grâce quant à la proportionnalité** Le développement de la juridiction gracieuse semble avoir un effet ambivalent sur le contrôle de proportionnalité. D'un côté, en donnant une large place à la volonté des parties, elle donne lieu à des instances à la conflictualité réduite, potentiellement moins favorables à ce qu'une partie tente d'utiliser les droits fondamentaux pour obtenir que la loi, qui donne gain de cause à son contradicteur, soit écartée en l'espèce. De l'autre, en poussant les parties à faire appel au juge pour que leur volonté puisse produire ses effets, elle permet à celles-ci de former une coalition contre la loi que le juge doit appliquer, faisant qu'aucune des parties à l'instance n'assume la défense de la conformité concrète de la loi. Le Ministère public peut toutefois remplir ce rôle. En effet, celui-ci « doit avoir communication des affaires gracieuses »¹ et, si des débats ont lieu, est « tenu d'y assister ou de faire connaître son avis »², permettant un « succédané de contradictoire »³.

Le recours à la juridiction gracieuse, cependant, pourrait n'être que l'« étape transitoire d'un processus de contractualisation »⁴, tant la matière gracieuse est un « réservoir de dispositifs sans juge »⁵. Il faut vérifier s'il peut rester quelque chose du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes lorsque le juge ne voit pas son office diminué mais supprimé.

B : Disparition de la possibilité du contrôle en cas de déjudiciarisation

345. **Exclusion du contrôle** L'office gracieux du juge, s'il permet une instance dépassionnée et sans opposition d'intérêts entre les parties nourrissant le risque de débats sans fins, demeure une intervention du juge. Lorsque le temps des magistrats est compté, réduire les missions du juge non seulement dans leur intensité mais aussi dans leur nombre apparaît une mesure de bonne administration.

¹ Code de procédure civile, article 809. Avant le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 organisant le remplacement du Tribunal de grande instance par le Tribunal judiciaire, les dispositions concernant la juridiction gracieuse trouvaient leur siège aux articles 797 à 800. Ces articles se sont vu assigner un nouveau numéro sans connaître de modification dans leur texte.

² Code de procédure civile, article 811. Entre la promulgation du Nouveau code de procédure civile et le décret n°2015-282 du 11 mars 2015, l'article 800 du Code de procédure civile obligeait le représentant du Ministère public à être présent aux débats s'ils avaient lieu.

³ Amrani-Mekki (Soraya) et Strickler (Yves), *Procédure civile*, PUF, 2014 (1^{re} édition), n°433.

⁴ Tani (Alex), *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille, contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020, n°136. Voir aussi Hauser, qui parle de « stade provisoire » entre l'interdit législatif et la liberté conventionnelle (Hauser (Jean), « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Lexis-Nexis Litec et Dalloz, 2006, p. 155 et s.).

⁵ Cadiet (Loïc) et Jeuland (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2020 (11^e édition), n°657.

Les réformes les plus récentes ne semblent pas remettre cette tendance en cause, réduisant toujours plus l'office gracieux du juge. De plus, cet office, là où il est encore présent, n'est ni mis en avant ni valorisé. Monsieur Cadiet relève que le juge du contentieux de la protection¹ est paradoxalement nommé, étant « *chargé essentiellement de la matière gracieuse* »². Par exemple, le changement de régime matrimonial, longtemps prohibé, puis autorisé avec une homologation³ systématique, ne donne désormais plus lieu à un passage devant le juge se prononçant gracieusement qu'en cas d'opposition des enfants majeurs ou des créanciers⁴. De même, le divorce par consentement mutuel, désormais parfait par le dépôt d'un acte contresigné par avocat au rang des minutes d'un notaire⁵, ne requiert l'homologation judiciaire que lorsqu'un enfant mineur du couple demande à être entendu par le juge, ou que l'un des époux est placé sous protection⁶. Apparaît ici la responsabilité considérable qui pèse sur les épaules de l'enfant et les pressions dont il peut être victime, interrogeant encore sur la manière dont le dispositif législatif entend protéger les mineurs non doués d'un discernement suffisant pour demander à être entendu. Ailleurs, peut aussi être notée la suppression de la procédure d'envoi en possession du légataire universel, qui requérait une ordonnance du Président du Tribunal de grande instance⁷. Il ne s'agit là que de quelques exemples topiques d'un processus global de déjudiciarisation de la matière gracieuse⁸, qui passe aussi par le recours accru au greffe pour l'apposition de la formule exécutoire⁹.

Ce processus de déjudiciarisation ne se limite bien sûr pas à la matière gracieuse. Le nom de famille de l'enfant, par exemple, peut désormais faire l'objet d'un choix lors de la naissance, et n'est donc plus nécessairement le patronyme. Ce choix étant hautement symbolique, lorsque s'opposent une tradition voulant que l'enfant porte le nom du père et une modernité accolant de plus en plus souvent le nom des deux parents, pourrait donner lieu à une forte conflictualité. Cependant, le Code civil prévoit avec exhaustivité les différents choix ouverts aux parents, ainsi que les conséquences de leur désaccord ou de leur absence de choix¹⁰. Le sujet échappe dès lors

¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

² Cadiet (Loïc) et Jeuland (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2020 (11^e édition), n°657.

³ Sur la distinction entre homologation et matière gracieuse, voir Égée (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, n°216.

⁴ Article 1397 du Code civil, tel que modifié notamment par la Loi n°2006-728 du 23 juin 2006.

⁵ Code civil, article 229-1, créé par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

⁶ Code civil, article 229-2.

⁷ Article 1008 du Code civil abrogé par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

⁸ Pour des listes plus étendues, voir par exemple Chainais (Cécile) *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, 2022 (36^e édition), n°1859, ou Strickler (Yves), « Matière et procédure gracieuses », *JurisClasseur civil*, LexisNexis, n°65 à 67.

⁹ Il en est par exemple ainsi de l'accord portant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale (Code de procédure civile, article 1568-1).

¹⁰ Code civil, article 311-21.

au juge, qu'il n'y a tout simplement plus moyen de saisir, le désaccord des parents étant réglé par la loi. Ici, l'absence du juge n'est synonyme de consensualisme qu'aussi longtemps que les parents se mettent d'accord, la loi se montrant sourde à toute argumentation quand cela n'est pas le cas.

Toujours est-il que ces hypothèses de déjudiciarisation rendent les différents régimes considérés insusceptibles au contrôle concret, qui ne peut se réaliser sans juge.

Qu'en est-il alors des situations où l'existence d'un différend n'est pas niée, mais où celui-ci est réglé, partiellement ou totalement, sans intervention du juge ?

Paragraphe II : Le remplacement du juge par des modes alternatifs de résolution des différends

346. **Développement du contrôle et déjudiciarisation** Les modes alternatifs de règlement des litiges ou des différends, qui incluent les modes amiables, présentent le point commun de promettre une résolution du conflit sans recourir au juge étatique. Faire l'économie du recours à ce juge est possible quand le processus alternatif se déroule bien, permettant de rétablir un dialogue entre les parties afin qu'elles en acceptent le résultat et se conforment volontairement aux prescriptions formulées. La question se pose du respect des droits et libertés fondamentaux au sein des modes alternatifs, et, plus précisément, de leur respect concret. L'objet n'est pas ici de s'interroger sur l'applicabilité des garanties du droit au procès équitable lors de l'arbitrage ou de leur transposition aux modes amiables, mais plutôt de savoir si le contrôle dit de proportionnalité peut trouver une place hors des jugements étatiques. La question présente l'intérêt de se situer au cœur de la double concurrence dont fait l'objet le droit étatique, « *par le bas, en raison du développement des procédures de négociation contractuelle, par le haut, en raison de la constitution progressive d'un ordre juridique supra-étatique* »¹. Le haut et le bas pourraient-ils ici s'allier pour rendre obsolète le droit étatique ? Cela paraît peu probable, comme le montrent l'observation du moment du contrôle de proportionnalité au sein des modes amiables, qui indique qu'il se déroule devant le juge (A), et de l'impact limité sur ce contrôle, le régime des modes alternatifs le vidant de son utilité (B).

A : Limites temporelles au contrôle

347. **Modes amiables** Pour comprendre la place du contrôle de proportionnalité au sein des modes amiables, il est éclairant de s'intéresser à l'exemple de la matière familiale.

¹ Cadiet (Loïc), Normand (Jacques) et Amrani-Mekki (Soraya), *Théorie générale du procès*, PUF, 2020 (3^e édition), n°103.

Le différend y oppose des personnes affectivement liées, ou, si ces liens se sont étiolés ou ont été sectionnés, oppose les parents au sujet de leur enfant. Il est toujours « *enkysté dans un conflit de personnes* »¹. Sa charge émotionnelle est particulièrement forte, permettant de parler de « *contentieux chaud* »². Par conséquent, il est à redouter que le jugement, qui met un terme au litige, n'éteigne pas le différend. En effet, les liens affectifs demeurent affectés par l'instance, et il n'est, bien souvent, ni possible ni souhaitable de faire cesser toute relation entre les parties après le jugement. Il apparaît que, si la décision de justice peut être absolument nécessaire, tant pour protéger les intérêts des plus faibles que parce que cette décision n'est que la manifestation d'un devoir de l'État, elle peut produire des effets décevants, laissant subsister un différend à même de faire souffrir ceux qu'il oppose et de générer de nouveaux litiges.

Les modes amiables de résolution des conflits apparaissent comme une solution prometteuse à ce problème, permettant aux parties au différend de parvenir elles-mêmes, par une discussion possiblement accompagnée ou guidée par un tiers, à une solution librement consentie. Si le mode amiable a été choisi en connaissance de cause par les parties, sans leur être imposé, il peut permettre d'éteindre le différend, ou du moins d'en réduire l'intensité, se montrant alors plus utile qu'une décision de justice.

Les modes amiables permettant de parvenir à une telle solution consentie sont de plus en plus nombreux³, la plupart se déroulant avant saisine du juge⁴, ou du moins parallèlement à celle-ci, par exemple lorsque le juge aux affaires familiales propose une médiation aux parties⁵. La phase amiable peut aussi avoir lieu devant le juge aux affaires familiales, qui a pour mission de « *tenter de concilier les parties* »⁶, comme tout juge⁷. Signe de son importance aux yeux du législateur, cette mission de conciliation est répétée et déclinée dans certaines matières spécifiques soumises à la compétence du juge aux affaires familiales, telle l'autorité parentale⁸.

Lorsque les parties parviennent au terme d'une procédure de résolution amiable et tombent

¹ Douchy-Oudot (Méline), « Juge aux affaires familiales », *JurisClasseur Procédures formulaire*, LexisNexis, n°8.

² Amrani-Mekki (Soraya), « Propos introductifs », in *16^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine — L'amiable : concevoir et construire*, reproduit dans *Gazette du Palais*, Lextenso, 2020, hors-série n°2, p. 8. Précédemment, Monsieur Terré relevait déjà « *une affinité entre la guerre — chaude ou froide — et le procès* », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Tome 39, 1995, p. 267).

³ Égéa (Vincent), « Développement des modes amiables de résolution des conflits », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n° 5, p. 73.

⁴ L'article 1530 du Code de procédure civile, indique par exemple que la médiation et la conciliation conventionnelles se déroulent « *en dehors de toute procédure judiciaire* ».

⁵ Code de procédure civile, article 1071.

⁶ Code de procédure civile, article 1071.

⁷ Code de procédure civile, article 21.

⁸ Code civil, article 373-2-10.

d'accord, il est bien souvent nécessaire pour le juge d'homologuer leur accord, afin de vérifier sa conformité à la loi. Sa fonction tend ici vers la juridiction gracieuse par laquelle le juge intervient pour valider un accord passé entre les parties, mais ne pouvant produire d'effets sans un contrôle juridictionnel.

Lors de la phase amiable à strictement parler, la loi n'est pas au cœur des discussions, celles-ci étant occupées par les propositions des parties pour solder leur différend, et par la comparaison de ce que chacun est prêt à consentir pour conclure un accord au lieu de demander un jugement. La loi, et la fonction juridictionnelle du juge reviennent sur le devant de la scène lorsque celui-ci est chargé d'homologuer un accord. Par conséquent, toute réflexion sur le contrôle de proportionnalité semble non pertinente durant la phase d'accord amiable, mais devient à nouveau possible lors de la phase d'homologation, pour autant que le contrôle ne se limite pas au respect de l'ordre public.

348. **Arbitrage** Cette exclusion dans les premiers temps du mode alternatif se rencontre également concernant l'arbitrage. Certes, le principe en matière d'arbitrage interne est que le Tribunal arbitral utilise les règles de droit en vigueur pour trancher le différend, ne statuant en amiable compositeur que lorsque les parties lui en confient la mission¹. Concernant les arbitrages réalisés dans le cadre de relations commerciales, l'intérêt de recourir à ce mode de règlement tout en chargeant les arbitres d'appliquer le droit étatique est réel. Le coût, bien souvent, n'y est qu'une considération secondaire, les avantages de l'arbitrage étant une confidentialité renforcée, une plus grande célérité, et la possibilité de choisir des juges ayant une connaissance technique et une expérience particulière. Ces avantages de l'arbitrage sont à même de justifier ce choix sans rendre nécessaire l'application d'un droit autre ou un office d'amiable compositeur. L'équation semble différente pour les différends personnels, au sein desquels le recours à l'arbitrage représente un poids financier qui peut nécessiter, pour être justifié, une volonté de choisir l'amiable composition.

Dans cette hypothèse, de la même manière que pour les modes amiables, le droit est écarté, rendant le contrôle de conventionnalité concret hors de propos. Il est envisageable de voir l'arbitre réaliser un contrôle de proportionnalité lorsqu'il statue selon les règles du droit en vigueur. Cependant, l'absence de certitude et la faiblesse du contrôle subséquent font que l'arbitre peut réaliser une interprétation assez libre de la loi, minorant d'autant l'intérêt du contrôle pour mitiger des dispositions trop strictes.

¹ Code de procédure civile, article 1478.

349. Retour du juge étatique

Durant le déroulement du mode alternatif, le contrôle de proportionnalité ne peut avoir lieu en l'absence de juge. Cependant, le juge étatique fait son retour au terme de la procédure, lorsqu'il s'agit d'homologuer un accord.

En matière de médiation et conciliation, avant l'intervention du juge, l'accord n'est qu'un contrat ayant sa force obligatoire mais aussi ses faiblesses, susceptible de nullité¹. Pour que l'exécution forcée puisse avoir lieu², l'intervention du juge est nécessaire pour constater la conciliation³. Cette fonction de juge homologateur est beaucoup moins lourde que lorsque le juge tranche un litige, donnant lieu à un office « *différé et différent* »⁴. Le juge, par principe, « *n'opère qu'un contrôle léger de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »⁵, faisant de lui non plus le « *juge de la famille, de la responsabilité ou de la construction, mais celui du contrat* »⁶. Plus précisément, comme l'indique le Code de procédure civile concernant la médiation conventionnelle, « *l'homologation relève de la matière gracieuse* »⁷. Le caractère léger de ce contrôle est renforcé par le fait que, sauf s'il l'estime nécessaire, le juge statue sans débat⁸. Si un contrôle de proportionnalité pourrait être réalisé par le juge durant cette phase, elle ne semble, du fait de la faiblesse du débat, pas être le moment procédural idéal, étant plutôt destiné à réaliser des vérifications de l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public, alors que le contrôle de proportionnalité nécessite un examen poussé des éléments en présence. Surtout, un accord amiable ne semble pas être le véhicule procédural approprié pour une partie voulant obtenir un contrôle de proportionnalité. En effet, si un différend existe entre les parties, il apparaît peu vraisemblable qu'elles se mettent d'accord pour écarter la loi qui donnerait raison à l'une d'entre elles. Il est plus probable que les parties ne puissent consentir à un accord, et que l'affaire parvienne devant le juge pour un office que qualifiable de plein contentieux, par opposition à sa fonction homologatrice.

En matière d'arbitrage également, il est nécessaire d'obtenir l'exequatur pour que la sentence obtienne « *la force exécutoire qui lui fait défaut* »⁹, peu important le fait qu'elle dispose déjà de l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche¹⁰. Comme pour les modes amiables, l'office du juge statuant sur l'exequatur sera amoindri, étant entendu

¹ Douchy-Oudot (Mélina) et Joly-Hurard (Julie), « Médiation et conciliation », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, n°157 et s.

² *Ibidem*, n°165.

³ Code de procédure civile, articles 1534 et 1541.

⁴ Amrani-Mekki (Soraya), (*dir.*), *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020, n° 7.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Code de procédure civile, article 131-12.

⁸ Code de procédure civile, article 1566.

⁹ Moreau (Bertrand), « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, n°417.

¹⁰ Code de procédure civile, article 1484.

qu'il « *procède uniquement à un examen sommaire (...), vérifiant seulement si l'ordre public a été violé de façon manifeste par les parties dans la convention ou par les arbitres dans la sentence* »¹, contrôle également qualifié de « *prima faciae* »², au sein d'une procédure « *très simple* »³. Tout indique donc que l'instance arbitrale n'est pas non plus un terrain favorable au contrôle de proportionnalité,

B : Limites substantielles au contrôle

350. Développement La temporalité des modes alternatifs de règlement des différends crée un climat défavorable au contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, engendrant un éloignement entre le processus de règlement et la loi que l'éventuelle intervention finale du juge ne rattrape pas. Plus encore, il semble que la substance de ces modes alternatifs vienne limiter la possibilité pour le contrôle concret d'y jouer un rôle important. Ces modes alternatifs, tels que l'arbitrage, semblent pourtant offrir un véritable potentiel de développement dans les matières où ils demeurent méconnus, tel le droit des personnes et de la famille. S'il a pu être écrit il y a quelques années que « *nul (sauf de rares exceptions) ne s'est avisé de recourir à l'arbitrage en matière familiale* »⁴, ce qui s'expliquerait par le fait que « *que tout le monde est persuadé que cette matière est tellement imprégnée d'ordre public qu'elle est interdite aux familles et plus généralement, aux particuliers* »⁵, l'arbitrage en matière familial semble aujourd'hui faire l'objet d'un vif intérêt, plusieurs structures *ad hoc* ayant vu le jour⁶. Il faut en effet noter que les dispositions régissant l'arbitrabilité des litiges sont beaucoup plus ouvertes qu'il n'y paraît au premier coup d'œil. Si le Code civil dispose que « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* »⁷, précisant que nul « *ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps (...)* et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public »⁸, Monsieur Clay relève que ces articles « *ne reflètent pas le droit positif, voire qu'ils lui sont même contraires* »⁹. La lecture littérale indiquant que l'arbitrage est

¹ Moreau (Bertrand), « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, n°425.

² Seraglini (Christophe) et Ortscheidt (Jérôme), *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019 (2^e édition), n°488.

³ Cadiet (Loïc) et Clay (Thomas), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 2019, p. 73.

⁴ Depondt (Axel), « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *La semaine juridique notariale et immobilière*, LexisNexis, 2015, n°17, p. 1141.

⁵ *Ibidem*.

⁶ C'est par exemple le cas du Centre d'arbitrage des affaires familiales, du Centre d'arbitrage des litiges familiaux (CALIF) ou du Centre de médiation et d'arbitrage des notaires de Paris (CMANOT).

⁷ Code civil, article 2059.

⁸ Code civil, article 2060.

⁹ Clay (Thomas), *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2021, p. 347.

impossible là où il est question d'ordre public n'aurait « *plus vocation à s'appliquer* »¹ lorsque l'arbitrage est admis dès lors que « *la convention d'arbitrage ne porte que sur l'intérêt privé des parties* »². De plus, « *la jurisprudence adopte une position souple et affirme que le caractère d'ordre public est insuffisant à rendre le litige inarbitrable* »³.

La conséquence en est que l'arbitrage est « *parfaitement adapté à la plupart des litiges familiaux* »⁴, y compris en matière patrimoniale, étant rappelé « *qu'en droit patrimonial de la famille presque tous les droits sont disponibles* »⁵. Il est relevé un grand nombre de décisions de justice reconnaissant l'arbitrabilité de litiges portant sur la liquidation d'un régime matrimonial ou d'une succession⁶, tandis qu'une récente étude explore les larges possibilités d'arbitrage des litiges testamentaires⁷. Son auteur conclut que sont arbitrables « *l'appréciation de la volonté et du consentement du testateur, la vérification de la date ou encore de la signature du testament* »⁸, de même que les clauses testamentaires méconnaissant la réserve héréditaire ou encore la détermination de la qualité d'héritier, « *excepté lorsque le litige suppose la détermination d'un lien de filiation entre l'héritier et le de cujus, par exemple si l'une des parties prétend être l'enfant du de cujus, ce que les autres héritiers contestent* »⁹. La seule limite semble être que l'arbitre a, « *comme le juge étatique, le devoir de respecter les règles d'ordre public et d'en sanctionner la violation* »¹⁰.

351. Limitations Si les modes alternatifs, et singulièrement l'arbitrage, semblent présenter un haut potentiel de développement du fait de leurs faibles limitations, il n'est pas certain que cela ouvre la porte à des interactions importantes avec la question du contrôle concret. En effet, il semble que ces faibles limites, tenant à l'indisponibilité des droits, recouvrent assez largement les domaines identifiés comme prometteurs pour le contrôle dit de proportionnalité, tels ceux où existent des dispositions impératives et précises. Madame Sokolowska relève par exemple que « *le droit français, en son état actuel, n'admet pas*

¹ El Ahdab (Jalal) et Mainguy (Daniel), *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, 2021 (1^{re} édition), n°265.

² Moreau (Bertrand), « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, n°85.

³ Barbe (Guillaume), « Arbitrer les litiges testamentaires », *Les petites affiches*, Lextenso, 31 août 2021, p. 19.

⁴ Depondt (Axel), « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *La semaine juridique notariale et immobilière*, LexisNexis, 2015, n°17, p. 1141.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Depondt (Axel), « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *La semaine juridique édition générale*, 2015, n°15, p. 429.

⁷ Barbe (Guillaume), « Arbitrer les litiges testamentaires », *Les petites affiches*, Lextenso, 31 août 2021, p. 19.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

l'arbitrabilité des litiges extrapatrimoniaux concernant la famille »¹. Plus précisément, un auteur relève que sont indisponibles et dès lors inarbitrables « *la capacité, le nom, la filiation, le prononcé du divorce et la séparation de corps* »².

Tout porte à croire que ces deux tendances lourdes du droit privé contemporain que sont le développement du contrôle de proportionnalité et des modes alternatifs de règlements des différends et litiges puissent évoluer parallèlement, avec un niveau d'interaction limité.

352. **Conclusion du chapitre**

Le contrôle dit de proportionnalité, qui consiste à vérifier que l'application d'une norme ne produit pas un résultat contraire à une norme de valeur supérieure, est un outil susceptible de connaître de très larges utilisations. Les limites que le juge tente de lui imposer sont par ailleurs questionnables, tant dans leur utilité que dans leur justification.

L'outil a d'autant moins besoin de limites humaines et arbitraires qu'il connaît de puissantes limitations naturelles, inhérentes à son fonctionnement. Le contrôle, en ce qu'il permet au juge d'apprécier une situation dans sa complexité factuelle et son caractère unique pour y faire prévaloir les normes supérieures, est inutile car redondant dès lors que la loi lui assigne explicitement ce rôle. Il en est ainsi chaque fois que la loi ne tranche pas une question avec précision, mais laisse le juge statuer en prenant en compte un objectif, qui peut par exemple être exprimé par le recours à un standard. Le contrôle, dans ces situations, n'est nullement impossible, il est seulement sans intérêt, n'apportant rien de plus à la résolution du différend. Le contrôle concret trouve aussi ses limites quand le juge se retire de la résolution des différends, ce qu'il est de plus en plus amené à faire en raison de la déjudiciarisation, de l'amointrissement de son office, et du recours accru aux modes amiables et alternatifs, à moins qu'il ne se développe dans les instances arbitrales. Il apparaît que les frontières du contrôle de proportionnalité sont comme celles qui séparent les pays : une frontière naturelle établie par un fleuve ou une ligne de crête remplit bien plus son rôle pacificateur et régulateur qu'une ligne arbitrairement tracée, même avec les meilleures intentions.

¹ Sokolowska (Lidia), *L'arbitrabilité des litiges de droit privé, perspective comparatiste*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris II Panthéon-Assas, 2018, n°222.

² Depondt (Axel), « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *La semaine juridique édition générale*, 2015, n°15, p. 429.

353. **Conclusion du titre**

L'étude du domaine du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes a conduit à mettre en lumière deux propositions permettant de tracer ses limites.

Le terrain de la simple possibilité technique du contrôle met d'abord en évidence de très faibles limites, laissant à l'utilisation de l'outil de larges possibilités. Si les manifestations en sont encore timides et rares du fait de la quasi-exhaustivité des droits garantis par la Convention européenne, il apparaît que rien ne limite les droits supports du contrôle concret à ceux issus de ce texte. Le contrôle peut de ce fait se dérouler avec toutes les conventions internationales ratifiées par la France dont les droits sont d'application directe. Techniquement, les obstacles à l'utilisation du contrôle avec des textes n'étant pas issus d'instruments internationaux ne se trouvent pas dans le déroulé du contrôle concret mais dans la répartition entre les juges du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité.

De la même manière, les limites que le juge tente de s'imposer en prenant appui sur l'objet du contrôle sont arbitraires et inopportunes, la généralité de l'outil le rendant également adapté au contrôle de tout type de droit garanti. En plus de n'être guère convaincante car elles reposent sur des arguments qui ne devraient pas conduire à un rejet du contrôle dans une matière mais à un rejet général, ces limites présentent des dangers à même de faire disparaître tout bénéfice issu de l'adoption du contrôle. En effet, en établissant un flou sur la consistance du contrôle, ces limitations pourraient conduire la Cour européenne à s'interroger dans chaque affaire sur la réalité du contrôle concret par le juge français, pratiquant un contrôle plus rapproché qui réduirait d'autant la marge nationale d'appréciation récupérée grâce à l'adoption du contrôle. Au-delà de cette question de concurrence entre les cours, la réalisation du contrôle est une question d'effectivité des droits fondamentaux des justiciables, ce qui devrait suffire à rendre les limites arbitraires critiquables.

Ces limites sont d'autant moins nécessaires que le contrôle concret est porteur de puissantes limitations endogènes. Elles se trouvent principalement dans la marge que les dispositions contrôlées ménagent aux juges, le contrôle devenant sans intérêt dès lors que le juge est déjà appelé à prendre en compte la complexité de la situation concrète pour statuer, et de la nécessaire présence d'un juge pour réaliser ce contrôle. Dès lors que le législateur ménage pour le juge une marge d'appréciation des faits, par exemple au moyen d'un standard ou d'une notion molle, le contrôle, quoique toujours possible, devient sans intérêt, ne permettant plus aux parties de produire une argumentation plus large et factuelle. De même le contrôle étant réalisé par le juge, son recul ou sa disparition provoqué par la déjudiciarisation d'une question retarde ou empêche mécaniquement le recours au contrôle.

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, s'il est un mécanisme général par les applications qu'il peut trouver, comporte de réelles limites à même de borner son terrain d'application, permettant d'anticiper sur quels terrains et avec quelle ampleur il va déployer sa portée.

Titre II : Portée du contrôle

354. **Une portée connaissant des limites** Les effets du contrôle sont susceptibles de se propager largement, la possibilité de pratiquer un contrôle partout où le juge est présent impliquant que c'est tout son office qui pourra être touché par le développement du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

Lorsque se pose la question de la portée du contrôle, un exercice de description positive de ce qu'elle est pourrait être réalisé. Cependant, une telle appréhension de la portée risquerait de mal se distinguer de l'étude de ses effets, posant le problème de la différenciation entre les effets désirables et indésirables, directs et indirects. Il apparaît à la fois plus simple et plus clair, au contraire, d'envisager ici négativement la portée du contrôle, en s'interrogeant sur ce qui limite les effets de son déploiement.

De ce point de vue, deux facteurs se conjuguent pour dessiner les limites du contrôle de proportionnalité.

Son caractère factuel, en plus d'être l'un de ses traits distinctifs, est également l'un des éléments restreignant le destin des décisions qui le réalisent. Différenciant le contrôle de la loi, il implique que la généralité de cette dernière laisse intacte sa vocation à régir le *plerumque fit*, tandis que le contrôle de proportionnalité n'a de chances de conduire à l'éviction de la loi que dans des situations exceptionnelles, dont les faits se démarquent des prévisions du législateur. Le distinguant des mécanismes de contrôle abstraits qui lui préexistent, tant dans l'histoire du système que dans chaque décision où il est pratiqué, le caractère factuel du contrôle concret assure encore que sa solution n'ait de portée que dans l'affaire pour laquelle elle a été rendue, le factualisme du raisonnement et de la motivation paralysant ici le phénomène de jurisprudence.

Parallèlement, la portée du contrôle est encore dessinée par l'encadrement qui peut lui être apporté. La chose peut au premier abord sembler évidente, tout outil pouvant voir son usage défini par des protocoles et des guides. Elle est cependant porteuse d'importantes conséquences. Il apparaît en effet que le contrôle de proportionnalité dévoile au grand jour des constantes de la juridiction qui sont pourtant redoutées. Il s'agit de l'imprédictibilité du processus judiciaire, et de la faculté pour le juge de s'arroger un certain pouvoir de décider en dehors ou au-delà des prévisions de la loi, faisant prévaloir des considérations autres que ce qui a été envisagé par le législateur. Le contrôle de proportionnalité, en rendant visibles ces éléments tant redoutés mais ayant toujours existé, permet de les saisir à bras le corps en leur apportant des correctifs techniques, plutôt que de chercher à les cacher. Mieux comprise, l'imprédictibilité peut être prise en compte dans ses justes proportions. Mieux dévoilé, le pouvoir du juge peut être encadré

par la technique afin de ne pas le laisser décider en équité.

La portée du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est délimitée par son caractère factuel (**Chapitre I**), ainsi que par l'encadrement qu'il peut recevoir (**Chapitre II**).

Chapitre I : Le factualisme du contrôle

355. **Une portée limitée par les faits** La portée du contrôle est d'abord limitée par son caractère factuel. Le contrôle de proportionnalité porte un intérêt particulier aux faits de l'espèce, en faisant une utilisation novatrice dans l'instance. Cela entraîne des conséquences directes sur ses effets, venant définir à la fois la fréquence de succès du moyen demandant au juge de réaliser un contrôle, et la portée de ce succès.

D'abord, le factualisme du contrôle de proportionnalité implique que son succès repose sur une argumentation construite à partir des faits de l'espèce. Son objectif est de démontrer que, si ceux-ci se subsument dans la loi, elle conduit à l'application d'un régime produisant un résultat aberrant, inique. C'est par conséquent le caractère particulier des faits qui va justifier que la loi ne leur soit pas appliquée. Cela ne peut être qu'exceptionnel : si c'était le *plerumque fit* qui donnait lieu à un résultat inique, le contrôle abstrait du respect de la hiérarchie des normes, préalable nécessaire au contrôle concret, devrait jouer pour constater l'incompatibilité de la loi avec les normes supérieures.

Le caractère factuel du contrôle ne limite pas seulement la fréquence de son succès, il en restreint aussi la portée. Si ce succès produit des effets vigoureux sur l'instance concernée, puisque la règle déterminant la solution s'en trouvera changée, ces effets sont beaucoup plus timides s'agissant des instances futures. Le factualisme du contrôle implique en effet que la décision soit si spécifique à l'espèce pour laquelle elle est a été élaborée que la généralité lui manque pour qu'elle fasse jurisprudence. Au contraire, ce caractère du contrôle invite les parties à bâtir leur argumentation sur la spécificité de leur cas plus que sur sa similarité avec des précédents, démarche qui résisterait mal aux distinctions opérées en défense par la partie adverse. Cette faible portée jurisprudentielle du contrôle de proportionnalité, renforcée par la politique de motivation enrichie s'appliquant aux décisions de justice le pratiquant, est amplifiée par une autre implication du factualisme du contrôle, qui est que le juge le plus à même de le réaliser est le juge du fond. Or, les décisions du juge du fond, singulièrement lorsqu'il est de première instance, ont d'autant moins tendance à faire jurisprudence qu'elles sont d'une faible généralité. Par conséquent, la portée du contrôle de proportionnalité, qui doit être correctement identifiée par les acteurs en présence, semble devoir être restreinte, au sens où elle ne conduira pas à la modification de jurisprudences établies interprétant un texte ou précisant un régime, ni ne participera directement à l'élaboration de telles lignes jurisprudentielles.

Le caractère factuel constitue une limite à la fréquence de l'inhibition de la loi (**Section I**), de même qu'à ses effets (**Section II**).

Section I : Limite à la fréquence de l'inhibition de la loi

356. **L'inhibition déclenchée par la spécificité des faits** L'affirmation que le caractère factuel du contrôle est une limite à la fréquence de son succès, c'est-à-dire de l'inhibition de la loi dans le cas d'espèce, ne relève pas de l'évidence. En effet, chaque instance confronte des parties de chair et d'os, dont l'histoire de vie, qui les a menées à saisir le juge pour trancher leur litige, présente un caractère éminemment factuel. Ce serait une mauvaise tautologie, quoiqu'exacte, que de dire que les faits de l'espèce sont factuels. Pour autant, constater que l'instance présente, comme le contrôle concret, une facette factuelle, et en déduire que ce contrôle risque de coloniser l'instance pour en dicter souvent la solution semble être une erreur. Il apparaît au contraire que le caractère factuel du contrôle soit une limite à son succès, plus précisément entendu ici au sens du taux de succès du moyen en excipant. En effet, le caractère factuel du contrôle est limité par le caractère général de la loi, qui est pensée pour régir toutes les situations qui se subsument dans ses prévisions. La généralité de la loi embrasse la spécificité de l'espèce, plus que le caractère factuel du contrôle ne se marie avec celui de cette même espèce. Ce n'est que dans des cas limites que la généralité de la loi est mise hors de propos par une espèce trop particulière, situation où l'aptitude du contrôle concret à prendre en compte ce fait devient utile. Il semble d'ailleurs que le caractère critique de ces cas spécifiques soit tel que l'idée, pourtant attrayante, d'inclure une sorte de généralisation casuistique accroissant la prévisibilité du contrôle, présente plus d'inconvénients que d'avantages. Pour mieux exposer cette idée complexe et explorer ses conséquences, il est utile de voir en quoi la généralité de la loi limite la fréquence de succès du contrôle de proportionnalité (**Paragraphe I**), avant d'envisager comment la spécificité de l'espèce peut mettre en échec la généralité de la loi (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : La généralité de la loi, limite à la fréquence du succès du contrôle

357. **La loi convient généralement aux faits** L'objet du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est d'éviter les conséquences négatives de l'application de la loi à une situation d'espèce lorsque ces conséquences vont à l'encontre d'un droit garanti par un texte de valeur supra-législative. Or, la plupart du temps, l'application de la loi aux faits de l'espèce ne produit pas de telles conséquences, puisque, dans sa généralité, elle vise à apporter la meilleure solution possible à la plupart des situations, permettant de traiter dans le respect du principe d'égalité des situations essentiellement similaires. Cette aptitude de la loi à la généralité fait qu'elle est la plupart du temps appropriée à la situation à laquelle son application

est envisagée (A), ce qui permet de présumer de ce caractère approprié (B), restreignant les chances de succès du contrôle concret.

A : Caractère généralement approprié de la loi à la situation

358. **Postulat** Un texte de loi est pensé pour régir la totalité des situations qui se subsument dans ses prévisions. Par conséquent, il est nécessaire qu'il présente un caractère de généralité : il doit être approprié à la masse des situations qu'il régit, à peine d'être un mauvais texte de loi. La chose était déjà exprimée avec clarté par Saint Thomas d'Aquin, pour qui « *les législateurs, attentifs à ce qui se produit le plus souvent, ont porté des lois en ce sens* »¹. Plus près de nous, il est également courant de remarquer que « *la loi se caractérise par sa généralité* »², ce qui « *est le gage de l'égalité de tous devant la loi* »³.

Cette constatation banale permet de rendre visible la différence fondamentale entre la parole du juge et celle du législateur. Lorsque le premier décide pour une espèce en se limitant aux faits qui lui sont présentés, le second doit prévoir les conséquences de ses énonciations dans le temps et dans la masse des cas spécifiques auxquelles elles s'appliqueront. Portalis soulignait déjà cette opposition pour relever que « *l'esprit de judicature, qui est toujours appliqué à des détails, et qui ne prononce que sur des intérêts particuliers, ne pourrait souvent s'accorder avec l'esprit du législateur, qui voit les choses plus généralement et d'une manière plus étendue et plus vaste* »⁴.

Cela doit conduire à émettre le postulat que, appliquée à une situation factuelle, la loi donnera généralement un résultat approprié au but recherché et aux normes de valeur supérieure de l'ordonnement juridique. S'il en est ainsi, cela signifie que, dans la plupart des cas, le recours au contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes ne permettra pas au demandeur d'obtenir que la loi ne soit pas appliquée à sa situation. En effet, si la loi présente un caractère de généralité suffisant, il en découle que, la plupart du temps, le contrôle dit de proportionnalité ne peut conclure qu'au caractère approprié de la loi à la situation régie une fois ses effets contemplés. Ce caractère approprié doit non seulement se rencontrer de manière globale, mais aussi, plus spécifiquement, concernant le respect des droits fondamentaux des personnes se voyant appliquer la loi, leur respect encadrant la production législative et constituant l'un de ses objectifs.

¹ d'Aquin (Saint Thomas), *La somme théologique*, Question 120, article 1^{er}.

² Lasserre (Valérie), *Répertoire de droit civil*, Dalloz, entrée « Loi et règlement », n°14.

³ *Ibidem*.

⁴ Portalis (Jean-Etienne-Marie), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1801, reproduit dans Ewald (François) (dir.), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p.35.

359. **Postulat nécessaire** Quel que soit le point de vue défendu sur le contrôle de proportionnalité, le postulat que la loi est appropriée à la plupart des situations auxquelles elle trouve à s'appliquer semble fondamental. En effet, cette aptitude de la loi est le fondement moral de son application, l'élément qui la rend possible, acceptable et souhaitable.

Le point de vue inverse, qui soutiendrait qu'un raisonnement partant des faits de l'espèce pour trouver la solution au litige sans passer par une règle à caractère générale serait souhaitable ou possible, reviendrait à dire la loi inutile et porterait atteinte à la possibilité de régir la vie en société. Il s'agirait d'une sorte de nihilisme juridique qui n'accepterait plus que les décisions fondées sur l'émotion. Il ne permettrait d'ailleurs pas le contrôle de proportionnalité, puisque ce mécanisme d'exception est un mécanisme de contrôle hiérarchique, qui repose sur l'existence d'un ordre juridique composé de normes abstraites et générales.

360. **Postulat justifié** Heureusement, le postulat selon lequel l'application de la loi à la situation du litige conduit le plus souvent à un résultat approprié est justifié. De nombreux éléments permettent de tendre vers cette affirmation, tel l'observation des règles régissant l'élaboration de la loi, qui visent à s'assurer de sa qualité, ou encore la possibilité que sa conformité à la Constitution soit contrôlée *a priori* par le Conseil constitutionnel. Concernant la question plus spécifique de ce contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes qu'est le contrôle dit de proportionnalité, un élément supplémentaire vient renforcer ce constat. Il s'agit du fait que, pour soumettre l'application de la loi à un contrôle concret, il faut préalablement que cette loi ait été soumise à un contrôle abstrait¹. Cela permet, lorsqu'un contrôle de proportionnalité est effectué, d'avoir la certitude que le texte contrôlé concrètement est abstraitement conforme, et, par conséquent, que s'il ne convient pas au cas d'espèce, ce ne sera que par exception, par accident. La loi objet du contrôle concret est abstraitement et généralement conforme au reste de l'ordonnement juridique, ce qui ne peut être le cas si le juge réalisant ce contrôle estime que la loi ne correspond pas à une proportion significative des situations de fait auxquelles elle est sensée s'appliquer.

Par conséquent, il existe une présomption du caractère approprié de la loi contrôlée concrètement à la situation à laquelle elle s'applique.

¹ Voir *supra* n°115 et s.

B : Présomption du caractère approprié

361. **Le contrôle, tentative de renversement de la présomption** L'existence d'une présomption du caractère approprié de la loi aux faits qui se subsument en elle est postulée. Il convient d'explorer sa nature (1) pour entrevoir ses conséquences (2).

1 : Nature

362. **Anticipation** Dans la plupart des cas, l'application de la loi à une situation donnée produira un résultat conforme aux normes de valeur supérieure. Autrement dit, dans la plupart des cas, le factualisme du contrôle de proportionnalité ne convergera pas avec les faits de l'espèce pour mettre en échec la loi pensée de façon générale et à la conformité abstraitement établie. Cela conduit l'observateur à discerner l'existence d'une présomption de ce caractère approprié de la loi aux faits de l'espèce. Il ne s'agit pas d'une présomption dite judiciaire tel que les établit le Code civil, ce mode de preuve étant limité aux obligations¹, et encore moins d'une présomption établie par la loi, limitée au même domaine². Il s'agit seulement ici d'une présomption au sens général du concept, non borné par les prévisions du Code.

En effet, un dictionnaire général définit une présomption comme une « *conception anticipée* »³, lorsque le vocabulaire philosophique indique qu'il s'agit d'une « *anticipation sur ce qui n'est pas prouvé* »⁴. Dans le cas qui nous intéresse, il semble bien possible, dans la plupart des instances où un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes sera réalisé, d'anticiper qu'il aboutira à l'application de la loi désignée par le syllogisme. L'application de la loi dont le résultat est contrôlé est le résultat probable ou présumé du contrôle dit de proportionnalité.

Cet énoncé peut toujours être qualifié de présomption en adoptant de cette notion une définition spécifiquement juridique. Par exemple, pour Monsieur Goltzberg, la présomption se comporte en « *anticipant ce que la réalité nous réserve* »⁵, s'agissant « *d'une prédiction -d'une prévision- de ce qui est le cas, assortie bien entendu d'une clause indiquant que cette prédiction est faillible* »⁶. Il s'agit ici simplement d'anticiper, lorsqu'une partie excipe d'un moyen de disproportion, de son échec vraisemblable, sans bien sûr fermer la porte à son succès.

¹ Code civil, article 1382.

² Code civil, article 1354.

³ Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2016, entrée « Présomption »

⁴ Lalande (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, 1947, entrée « Présomption ».

⁵ Goltzberg (Stefan), *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique : définition, présomption et argument a fortiori*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 53.

⁶ *Ibidem*.

Cette présomption est porteuse de conséquences sur l'instance où est pratiqué un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

2 : Conséquences

363. **Présomption non combattue** La présomption du caractère approprié de la loi revenant à dire que, jusqu'à preuve du contraire, l'application de la loi à une situation factuelle ne produit pas un résultat contraire à une norme de valeur supérieure, elle permet de ne pas poser la question. Lorsqu'aucune partie ne pense pouvoir renverser la présomption, le moyen d'inconventionnalité concrète n'est pas soulevé, et l'exactitude de la présomption n'est pas questionnée, celle-ci n'est pas combattue.

Présenter le caractère approprié de la loi à la situation comme pouvant être présumé permet de comprendre que ce caractère n'a pas à être établi. Seulement peut-il être combattu.

364. **Présomption combattue** La présomption du caractère approprié de la loi à la situation à laquelle elle est appliquée peut être combattue par la partie qui estime pouvoir la renverser avec profit. Le moyen permettant de poursuivre cet objectif est le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, dit contrôle de proportionnalité. Lui seul permet de convaincre le juge d'écarter la loi dans le cas d'espèce en apportant la preuve que celle-ci produit un résultat inapproprié.

La « *présomption exempte de preuve celui à qui elle profite* »¹, permettant en théorie à la partie qui n'a pas excipé du moyen de disproportion de se reposer sur la présomption pour espérer voir la loi applicable s'appliquer effectivement. La charge de la preuve incombe à celui qui soutient l'inconventionnalité concrète de la disposition en cause, lui imposant de prouver que les résultats produits par l'application de la loi sont contraires à une norme de valeur supérieure. Le débat a une consistance différente que lorsqu'il porte sur l'applicabilité d'un texte. Les arguments ne s'échangent pas autant, car une partie sort du chemin tracé par la loi, qui devrait normalement être emprunté pour résoudre le litige, conduisant à l'application du régime résultant de l'opération de qualification. Bien au contraire, le fait d'émettre un moyen de disproportion suppose nécessairement de reconnaître, au moins implicitement, que les faits de l'espèce se subsument dans le texte critiqué, autrement dit, que le texte critiqué est applicable à la situation².

¹ Goltzberg (Stefan), *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique : définition, présomption et argument a fortiori*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 52.

² Voir *supra* n°69.

L'existence de la présomption de caractère approprié de l'application de la loi à la situation de l'espèce vient par conséquent situer le contrôle de proportionnalité sur le terrain de l'exception et guider le régime d'administration de la preuve que son succès requiert. Plus encore, elle permet de mieux saisir ce qui fait le succès de ce moyen, la survenance d'un cas d'espèce spécifique qui vient mettre en échec la généralité de la loi.

Paragraphe II : La spécificité de l'espèce, limite de la généralité de la loi

365. **La place de la généralité** Le caractère général de la loi lui permet, dans la plupart des situations auxquelles elle s'applique, de produire une solution appropriée, ce qui complique le succès d'un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. Il est cependant des cas où la spécificité de l'espèce est telle que la généralité de la loi trouve ses limites. Si l'expression paraît redondante, elle vient exprimer le caractère exceptionnel de ces situations, qui montrent les limites à la généralité de la loi, sa mise en échec par des cas exceptionnels (**A**). Face à ces situations allant à l'encontre de la prétention de la loi à régir toutes les situations auxquelles elle s'applique, il est tentant d'encadrer le contrôle dit de proportionnalité en recourant à la casuistique, qui permet une nouvelle généralisation, partant cette fois-ci des situations factuelles (**B**).

A : Généralité mise en échec

366. **Généralité contre spécificité** Parfois, le caractère général de la loi ne permet pas de parvenir à un résultat satisfaisant, les faits de l'espèce, sans rendre la loi inapplicable, la faisant trop s'éloigner de la situation pour laquelle elle était prévue. Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes apparaît alors comme une solution pour traiter cet échec de la généralité (**2**), ce qui devient d'autant plus visible en observant la manière dont cet échec est appréhendé sans le contrôle concret (**1**).

1 : Traitement de l'échec sans contrôle concret

367. **Nature du problème** Il est des situations où l'espèce sur laquelle doit statuer le juge met en échec la généralité de la loi. Certes, les faits se subsument dans une règle (sans quoi le problème ne se poserait pas en ces termes), mais ceux-ci diffèrent tellement de la situation pour laquelle la loi avait été prévue que le résultat produit est aberrant. Il apparaît une distorsion entre les objectifs poursuivis par la loi, éclairés par les normes de valeur supérieure, la perception des magistrats et des justiciables, et le résultat produit par son application au cas d'espèce. Un tel problème est une conséquence directe de la généralité de la loi, qui implique

que celle-ci convienne à la plupart des situations, seulement à la plupart des situations. Aristote l'avait déjà mis en lumière en remarquant que « *toute loi est générale, et il y a des cas sur lesquels il n'est pas possible de prononcer généralement avec une parfaite justesse* »¹. De même, pour Saint Thomas d'Aquin, « *parce que les actes humains pour lesquels on porte des lois consistent en des cas singuliers et contingents, variables à l'infini, il a toujours été impossible d'instituer une règle légale qui ne serait jamais en défaut* »², ou, plus simplement « *aucune loi écrite ne peut prévoir tous les cas particuliers* »³. Dès lors, il est nécessaire de rechercher des mécanismes de correction.

368. **Traitement du problème**

Face à une situation où l'application de la loi à l'espèce produit un résultat aberrant, il est d'abord possible pour le juge⁴ de recourir au contrôle abstrait du respect de la hiérarchie des normes pour ne pas appliquer la loi, pour peu qu'une partie ait soulevé un tel moyen. Cela permet d'éviter que la règle légale produisant un résultat choquant lorsqu'elle est appliquée à l'espèce ne trouve à s'appliquer, mais paraît être un moyen aux multiples inconvénients.

Existe également la possibilité pour le juge de rendre une décision de provocation. L'idée est ici de laisser l'injustice que causerait l'application de la loi se produire, ou de l'éviter au prix d'une autre injustice, afin de créer une situation intolérable dont le législateur devrait se saisir. Il reviendrait au parlement de mettre fin à l'injustice en modifiant la loi pour prendre en compte la situation où celle-ci produit un résultat aberrant.

Un exemple d'un tel arrêt de provocation⁵ est l'arrêt Desmares⁶, qui a précédé de peu la création par la loi d'un régime spécial de responsabilité pour les accidents de la circulation⁷. Ici, le juge de cassation entendait lutter contre l'injustice représentée par l'effet de la faute de la victime d'un accident de la route ayant concouru à la réalisation de son dommage, qui produisait une exonération partielle du responsable. Cette conséquence de l'application du régime de la responsabilité du fait des choses était mal perçue en matière d'accidents de la circulation,

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

² d'Aquin (Saint Thomas), *La somme théologique*, Question 120, article 1^{er}.

³ Ibidem, Question 60, article 5.

⁴ Pour autant qu'il cherche à corriger l'injustice produite par la loi applicable à la situation qu'il doit juger. Monsieur Goltzberg relève en effet que « *le trait qui caractérise la prise de décision en droit est l'acceptation que les règles ne produiront pas toujours un résultat optimal* », indiquant qu'un système où la plus petite iniquité permettrait au juge de s'écarter du droit ne serait plus un système régit par des règles de droit (Goltzberg (Stefan), *100 Principes juridiques*, PUF, 2018, p. 34).

⁵ Grynbaum (Luc), *Repertoire de droit civil*, Dalloz, entrée « Responsabilité du fait des choses inanimées », n°241.

⁶ Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 21 juillet 1982, Note Larroumet (Christian), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1982, p. 449 ; Chabas (François), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 1982, n°19861.

⁷ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

l'assurance des conducteurs étant obligatoire, ce qui faisait peser une responsabilité disproportionnée sur la victime, privée d'une partie de la réparation de son dommage, alors que l'exonération partielle du conducteur n'avait pas pour lui d'effet bénéfique, l'indemnité étant en tous les cas prise en charge par son assureur. L'Avocat général notait que la seule conséquence pour le responsable d'une absence d'effet partiellement exonératoire accordé à la faute de la victime serait une augmentation temporaire de ses primes prenant la forme d'un malus¹. L'arrêt Desmares décide que « *le comportement de la victime, s'il n'a pas été pour le gardien imprévisible et irrésistible, ne peut l'en exonérer [de sa responsabilité]* », réservant seulement l'hypothèse de la faute de la victime présentant les caractères de la force majeure, celle-ci portant atteinte au lien de causalité entre la garde et le dommage. La victime des accidents de la route était mieux indemnisée, mais la solution donnait lieu à d'autres iniquités, tout aussi gênantes.

369. **Limites du traitement**

Les solutions présentées *supra* permettent au juge de réagir à la constatation que l'application de la loi à une espèce donne lieu à un résultat insatisfaisant. Cependant, elles sont peu adaptées à ce problème spécifique, et présentent d'importants inconvénients.

Concernant l'utilisation du contrôle *in abstracto* dans cette situation, il est manifeste que l'outil, nonobstant son utilité, ne vise pas à remplir l'objectif ici poursuivi. Le caractère abstrait du contrôle implique naturellement qu'il est mal approprié pour traiter le cas d'une espèce spécifique mettant à mal la justesse du résultat entraîné par l'application de la loi. Y recourir dans la situation ici envisagée est un détournement de l'outil qui ne peut avoir lieu qu'à défaut d'outils plus appropriés. Cela est notamment rendu visible par l'effet de ce contrôle abstrait, qui affecte la loi critiquée sans limites dans le futur, mettant fin à la possibilité de l'appliquer à des espèces à venir qui ne présenteraient pas la spécificité de celle ayant donné lieu au contrôle abstrait.

La même chose peut être dite du recours à l'arrêt de provocation, qui ne permet de restaurer la justice que de manière médiate ou partielle. Si l'arrêt Desmares conduisait à une situation plus satisfaisante dans le cas des accidents de la circulation où les conducteurs étaient obligatoirement assurés, il produisait des effets iniques dans les cas d'application du régime général de responsabilité du fait des choses où le gardien n'est pas tenu de souscrire une assurance. Celui-ci ne pouvait en effet pas s'exonérer partiellement de sa responsabilité en excipant de la faute de la victime ayant concouru à la réalisation du dommage par elle subi,

¹ *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1982, Note de l'avocat général Charbonnier p. 449.

faisant peser un poids disproportionné sur le gardien tout en libérant la victime de toutes les conséquences de sa faute. Chabas relevait avec emphase que « *les conséquences de l'arrêt apparaissent comme un de ces gouffres sans fin qui vont s'élargissant au fur et à mesure que l'on s'enfonce dans les entrailles de la terre* »¹.

Le problème de l'arrêt de provocation, justifiant qu'il s'agisse d'une provocation et non d'une solution au sens complet du terme, est en effet que le juge ne peut modérer les effets de sa décision pour les circonscrire au domaine où la loi donne lieu à un résultat problématique. La chose n'a pas été mieux exprimée que par Larroumet, toujours à propos de l'arrêt Desmares. Il expose en effet que « *là où il [le juge] peut le plus, il ne peut pas le moins, dans la mesure où, la jurisprudence étant construite à partir de la loi et de son interprétation, il n'est pas possible, le plus souvent, d'isoler une application particulière d'un texte pour la soumettre à un régime juridique qui lui serait propre, différent de la situation générale, lorsque le texte ne permet pas de distinguer* »². L'intérêt d'un outil permettant de circonscrire la portée d'une décision au cas d'espèce apparaît avec clarté.

2 : Traitement de l'échec avec le contrôle concret

370. Inhibition de la loi générale Seul le contrôle de proportionnalité permet d'apporter un traitement spécifique à la situation où la loi ne fournit pas une réponse satisfaisante aux faits. Il présente en effet les spécificités de permettre la prise en compte des faits de l'espèce, tout en ayant une portée limitée à ces faits.

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est spécialement approprié à la situation exposée, où la loi convient dans sa globalité mais est mise en échec par des faits particuliers qui, sans l'empêcher formellement de s'appliquer, font que le résultat qu'elle produit est aberrant et insatisfaisant. Il permet en effet d'observer la situation à laquelle donne lieu l'application de la loi et de voir en quoi elle porte atteinte aux prévisions d'une norme de valeur supérieure, pour appliquer un correctif dont la portée est limitée à l'affaire considérée. La loi peut par conséquent continuer à produire ses effets appropriés dans toutes les autres situations.

Le caractère factuel du contrôle constitue pour cette raison une limite à la fréquence de son succès, qui provoque l'inhibition de la loi, puisque, si le contrôle devait connaître un succès récurrent concernant une même règle de droit, cela signifie qu'il ne serait pas l'outil approprié pour la contrôler, un contrôle abstrait étant préférable. En effet, dans une telle situation, c'est la

¹ Chabas (François), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 1982, n°19861.

² Larroumet (Christian), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1982, p. 449.

loi dans sa généralité qui serait problématique, et non cette généralité qui ne conviendrait pas à une espèce.

Cependant, ce rare échec de la généralité de la loi dont les conséquences sont traitées par le contrôle de proportionnalité peut faire naître la tentation d'une montée en généralisation du contrôle de proportionnalité. Celle-ci ne chercherait pas à en généraliser l'usage, mais à généraliser son fonctionnement pour augmenter la prévisibilité de son résultat.

B : Tentation de la généralisation casuistique

371. **Généralisation du spécifique** La généralisation, caractéristique que présente la loi, est séduisante et rassurante, promouvant la prévisibilité, l'égalité devant la loi, et encadrant les pouvoirs du juge. Il existe de ce fait une possibilité d'attraction du contrôle concret par une pensée généralisatrice, que cela soit pour sa compréhension ou son organisation. Le moyen de cette généralisation est le recours à la casuistique, qui, allant au-delà du raisonnement factuel, permet de construire des ensembles abstraits et généralisés en partant d'éléments factuels. Cependant, pour éclairant que puisse être le raisonnement casuistique pour la compréhension du contrôle de proportionnalité, il apparaît que le juge ne peut s'en saisir sans empiéter dans une proportion difficilement acceptable sur le pouvoir législatif.

Afin de comprendre pourquoi, il est nécessaire de revenir sur la pluralité des définitions de la casuistique (1), ce qui permettra de voir que cette technique peut être utilisée aussi bien comme méthode du contrôle de proportionnalité (2) que comme outil épistémologique facilitant sa compréhension (3).

1 : La pluralité des casuistiques

372. **Une absence de méthode** Le signifiant « casuistique » peut se rapporter à une pluralité de signifiés, ramenant tous à l'idée de cas, mais lui donnant des sens différents. Un auteur relève ainsi que « *nul ne sait dire ce qu'est réellement la casuistique* »¹. Un dictionnaire généraliste peut parler d'une modalité d'examen « *d'un cas particulier à la lumière des principes de la discipline dont il relève* »², tandis qu'un dictionnaire étymologique rappellera que le mot dérive de « *casuiste* », nom désignant les théologiens travaillant sur la résolution des cas de conscience³. Quoique le mot soit utilisé par les juristes, il est absent des vocabulaires et lexiques juridiques consultés. Un certain flou existe autour de la notion, lequel

¹ Rouvière (Frédéric), « Apologie de la casuistique juridique », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 118.

² Trésor de la langue française informatisé.

³ Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2016, entrée « Casuiste ».

semble permettre de parler de choses différentes en utilisant le même mot, rendant possible l'appel à la casuistique pour la recherche de résultats très différents.

Passée cette première impression de flou quant à la définition de la casuistique, il apparaît bien vite que le mot prend souvent pour les juristes une coloration péjorative, renvoyant à des phénomènes redoutés¹. La casuistique a en effet pu constituer une méthode d'élaboration de distinctions trop subtiles servant à justifier des choses qui ne devraient pas l'être², permettant de qualifier de casuistique une jurisprudence qui « *distingue à l'excès et de façon trop subtile au point de compromettre la sécurité inhérente à la généralité de la règle ou à des critères bien définis de qualification* »³. Un tel ensemble de décisions de justice s'appuierait sur des éléments insuffisamment importants pour bâtir des distinctions inapplicables en pratique. Une fois constatées la vacuité et la dangerosité de telles constructions, il est possible d'y renoncer pour décider seulement en prenant en compte les faits présentés au juge, en oubliant l'idée de cohérence globale du système.

Dans ce second sens, il peut encore être fait mention de la jurisprudence casuistique lorsque le juge n'observe que les faits de l'espèce pour trancher en prenant en compte sa vision du bien et du mal plutôt que la loi écrite. C'est ce que Monsieur Goltzberg nomme la « *casuistique de conception* »⁴, prenant l'exemple des sorciers et sages du village. Cette casuistique semble renvoyer au cas d'espèce, invitant à considérer prioritairement les faits sur lesquels le juge doit trancher. Dans cette acception, l'espèce n'a pas vocation à constituer un support de généralisation, y compris par l'élaboration de distinctions subtiles, puisqu'elle n'est qu'une « *situation de fait singulière qui ne se reproduira jamais à l'identique* »⁵. Elle pourrait être utilisée pour critiquer le contrôle de proportionnalité, pour autant qu'il soit vu comme une technique permettant au juge de statuer selon son bon vouloir sur les faits qui lui sont soumis, puisqu'elle ne constitue qu'un moyen de s'écarter de la loi écrite.

Au-delà de ces conceptions péjoratives de la casuistique, qui reviennent à la considérer comme une méthode trop subtile ou comme un renoncement à la méthode, ce qui peut conduire à des résultats similaires, une autre vision de cette notion en fait un puissant outil de généralisation.

¹ « *La casuistique a mauvaise presse* », réputation qui remonterait aux Provinciales de Pascal (Rouvière (Frédéric), *Argumentation juridique*, PUF, 2023, n°47).

² *Ibidem*.

³ Rouvière (Frédéric), « Apologie de la casuistique juridique », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 118.

⁴ Goltzberg (Stefan), « Le cas, entité hybride. Torsions de concepts juridiques et classification des concepts-rustines en histoire du droit et en droit comparé », *Revue de la recherche juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, n°5, p. 2038.

⁵ Rouvière (Frédéric), « Réponse aux questions posées lors de l'audition », in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 233 et s.

373. Une méthode de généralisation

La casuistique, lorsqu'elle ne désigne pas un mode de décision fondé uniquement sur le fait, que cela soit en l'utilisant pour fonder des décisions impraticables ou pour justifier la solution, peut constituer un outil permettant, à partir des situations de fait traitées par le juge, d'élaborer des règles à portée générale. Une montée en généralité est ici réalisée au moyen de la casuistique, lui permettant d'anticiper la décision qui sera prise dans une situation déterminée. Cette montée en généralité est réalisée au prix d'un effort d'abstraction appliqué à une décision portant sur des faits spécifiques. Celui-ci permet de distiller, parmi les faits de l'espèce rapportés dans la décision, les plus pertinents dans la résolution de la question, ceux qui ont emporté la décision.

En effet, cette conception de la casuistique requiert de distinguer strictement le cas et l'espèce, qui ne sont plus tenus pour synonyme ni ne peuvent faire sens accolés dans un syntagme. L'espèce, « *porte sur l'ensemble des faits prouvés* »¹, c'est-à-dire invoqués durant l'instance, tandis que « *le cas est construit à partir d'une espèce, d'une situation de fait unique dans l'espace et dans le temps et aussi en raison des personnes impliquées* »². La puissance généralisatrice de la casuistique apparaît ici, permettant, par l'observation de la manière dont le juge traite un ensemble de faits, de discerner un cas qui transcende l'espèce, transformée par le raisonnement. Le cas désigne ici « *une situation de fait stylisée, c'est-à-dire dont la complexité a été évacuée* »³.

La complexité de la situation est réduite, permettant de ne pas pratiquer de distinctions que leur finesse rend inopérantes, tandis que l'abstraction permet au cas d'avoir une portée au-delà de l'espèce qui a donné lieu à son apparition. En effet, comme l'expriment messieurs Passeron et Revel, « *un cas n'est pas seulement un fait exceptionnel et dont on se contenterait qu'il le reste : il fait problème ; il appelle une solution, c'est-à-dire l'instauration d'un cadre nouveau du raisonnement, où le sens de l'exception puisse être, sinon défini par rapport aux règles établies auxquelles il déroge, du moins mis en relation avec d'autres cas, réels ou fictifs, susceptibles de redéfinir avec lui une autre formulation de la normalité et de ses exceptions* »⁴. La casuistique permet ici, lorsque les conditions établies se rencontreront à nouveau, d'utiliser la solution déjà élaborée, permettant une certaine reproductibilité, qui va de pair avec la prévisibilité.

Une telle généralisation casuistique pourrait d'ailleurs être réalisée par le législateur et figurer

¹ *Ibidem.*

² *Ibidem.*

³ Rouvière (Frédéric), *Argumentation juridique*, PUF, 2023, n°44.

⁴ Passeron (Jean-Claude) et Revel (Jacques), « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités » in Passeron (Jean-Claude) et Revel (Jacques) (dir.), *Penser par cas*, Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2005, p. 9 et s.

directement dans la loi écrite. Aux côtés de la casuistique de conception, existe en effet une « *casuistique de formulation* »¹, où la loi a recours à l'exemple et à la présentation de cas pour exprimer des principes sous-jacents que le juge est réellement chargé d'appliquer. Ce n'est cependant pas de cette potentielle utilisation de la casuistique par le législateur qu'il est ici question, mais de celle que pourrait avoir le juge dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Il est en effet concevable de mettre la puissance généralisatrice de la casuistique dans les mains du juge chargé de réaliser le contrôle concret.

2 : La casuistique comme méthode du contrôle

374. **Casuistique de généralisation** Le juge peut utiliser la casuistique pour formuler le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. Le recours à cette technique de généralisation lui permettrait petit à petit d'encadrer son contrôle en le rendant plus prévisible. Une telle possibilité semble cependant présenter des inconvénients qui la rendent peu souhaitable, faisant réaliser au juge une généralisation qui doit rester l'apanage du législateur. Il est utile de décrire comment le juge peut se saisir de la casuistique de généralisation (a) et d'en explorer les modalités pratiques (b) afin de saisir les limites de cette technique (c).

a : Description

375. **Généralisation de l'espèce** C'est toujours concernant une espèce particulière que le juge sera appelé à se prononcer sur des faits uniques vécus par des individus de chair et d'os. Une fois ce constat évident réalisé, il demeure possible de recourir plus ou moins à la généralisation.

Le juge peut d'abord rester au niveau de l'espèce, en isolant les faits nécessaires à la réalisation du syllogisme qui détermine la loi applicable, et utilisant les autres faits invoqués par les parties pour réaliser le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes éventuellement sollicité. Cette démarche n'est pas généralisatrice, et ne recourt pas à la casuistique de généralisation. Elle donne lieu à une décision normalement à même d'éteindre le différend, mais qui n'a pas vocation à avoir une portée au-delà, n'éclairant pas directement des affaires futures. Si l'exigence de motivation oblige le juge à expliciter quels éléments factuels le conduisent à considérer que la loi désignée par le syllogisme n'est pas applicable, il le fait sans s'éloigner de la situation spécifique qui lui est soumise.

¹ Goltzberg (Stefan), « Le cas, entité hybride. Torsions de concepts juridiques et classification des concepts-rustines en histoire du droit et en droit comparé », *Revue de la recherche juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, n°5, p. 2038.

Il est également possible pour le juge, dans la conduite de sa réflexion et la rédaction de son jugement, de chercher à mettre en avant ces éléments qui mettent en échec la généralité de la loi. Dans une démarche généralisatrice, ceux-ci ne seront pas seulement énoncés à partir des faits de l'espèce, mais présentés avec un degré supérieur d'abstraction. Les faits sont utilisés d'abord pour réaliser le contrôle demandé, mais ils sont ensuite généralisés, traités non plus seulement comme une espèce unique mais comme un cas à même de se présenter à nouveau. La survenance des faits est l'occasion pour le juge de bâtir un ensemble qui les dépasse et les contient, les organisant de manière abstraite et impersonnelle.

Cette alternative (qui n'exclut aucunement des solutions intermédiaires) dans la réflexion et la rédaction des jugements où un contrôle de proportionnalité est réalisé, a été proposée aux conseillers d'État statuant sur l'affaire Gonzalez Gomez¹ par Madame le rapporteur public Bretonneau. Ses conclusions résument que toute la question est « *de savoir comment placer le curseur du contrôle de conventionalité concret, soit que vous le nichiez dans un contrôle propre à l'espèce, soit que vous remontiez un peu du concret vers l'abstrait, en trouvant le moyen de formuler au niveau de la généralité de la loi les cas dans lesquels son application serait problématique* »². Il s'agirait pour le juge d'adopter une « *démarche authentiquement casuistique* »³ pour exclure l'application de la loi « *pour tous les cas semblables à celui du litige* »⁴.

Contrairement à ce qui peut apparaître au premier abord, une telle démarche de casuistique ne va pas à l'encontre de la séparation des pouvoirs. Elle peut en effet être représentée non comme une pure invention du juge, mais comme un moyen de suivre la volonté du législateur.

376. Révélation de la *ratio legis* Si la généralisation casuistique que peut réaliser le juge lorsqu'il pratique le contrôle de proportionnalité était présentée comme une création judiciaire, cela serait problématique quant à la séparation des pouvoirs. En effet, c'est au législateur seul qu'il incombe d'émettre des règles générales, visant à régir toutes les situations futures qui s'y subsument. La tâche du juge devrait seulement être d'appliquer ces règles et de vérifier leur concordance avec les règles de valeur supérieure qui encadrent l'action du législateur lui-même. Pour cette raison, la généralisation casuistique n'est pas présentée comme un acte de création, apportant une nouveauté dans l'ordonnement juridique, mais comme

¹ Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, n° 396848, Gonzalez-Gomez.

² Bretonneau (Aurélie), « Droits subjectifs contre interdit législatif, Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, n° 396848 », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 740.

³ Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionalité in concreto, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142.

⁴ *Ibidem*.

une application classique de la fonction d'interprétation du juge.

Pour ce faire, il peut être soutenu ou prétendu que le cas à portée générale énoncé par le juge est virtuellement contenu dans la loi, et aurait été énoncé ainsi si le législateur avait envisagé la situation que le juge doit trancher. Tout se passe comme si le juge connaissait les raisons ayant sous-tendu l'édition de la norme par le législateur, la *ratio legis*, et, du fait de cette connaissance, était à même de compléter son propos pour combler les manques causés par la généralité de son expression. Cette faculté du juge d'apporter des compléments à la parole du législateur était déjà défendue par Aristote, qui indiquait que « *le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi* »¹. La même chose est dite de manière différente par Saint Thomas d'Aquin, qui imagine ce que ferait le législateur à la place du juge s'il était confronté à une situation s'éloignant des prévisions de la loi. Pour lui, « *si le législateur était présent, il jugerait autrement qu'il n'a décidé dans la loi* »².

De cette manière, le juge « *poursui[t] l'œuvre du législateur* »³, puisqu'il est doté de la faculté d'apprécier pourquoi celui-ci a établi la loi dans tel sens, et quelle solution il aurait véritablement voulu voir prévaloir dans une situation précise. La chose présenterait en tout cas certains avantages intéressants.

377. Intérêts Recourir à une casuistique de généralisation pour la conception et la rédaction des jugements où un contrôle de proportionnalité est pratiqué produirait en apparence des avantages importants. En effet, dans une telle perspective, la rédaction des jugements présenterait un caractère de généralité les rapprochant dans une certaine mesure de la loi, le but étant de leur permettre de révéler des sortes d'exceptions à celle-ci. Cela donnerait lieu, sur le temps long, à l'élaboration d'une jurisprudence qui permettrait d'anticiper, selon la situation factuelle, l'issue du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. La prévisibilité des décisions de justice en sortirait renforcée, de même que l'égalité des justiciables, puisque les solutions généralisées trouveraient à s'appliquer de manière reproductible dans toutes les situations similaires.

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

² d'Aquin (Saint Thomas), *La somme théologique*, Question 60, article 5.

³ Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité in concreto, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142.

378. Précision dans la motivation

La décision de justice où est réalisé un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, si elle ne procède pas à une montée en généralité par la casuistique, devra tout de même détailler la motivation. Dans une telle décision, cette motivation mettra l'accent sur le caractère spécifique des faits de l'espèce, qui l'éloignent des prévisions générales de la loi. Les conclusions des parties, qui révéleront des éléments du contexte de l'affaire, importants pour sa perception par les parties mais non à même de modifier le résultat du syllogisme d'application, seront largement mobilisés pour montrer en quoi la loi est mise en échec dans ce cas précis. La motivation, dans cette hypothèse, visera seulement à justifier la solution apportée en l'espèce, son adéquation avec la situation des parties à l'instance¹.

Il en serait différemment si le juge adoptait une démarche casuistique pour encadrer la portée de son contrôle. La motivation décrite précédemment, d'abord, devrait être présente de la même manière. En effet, la généralisation casuistique n'implique aucunement que le juge ne soit pas tenu de justifier la solution prise en l'espèce. Il conviendrait par conséquent tout autant de mobiliser les faits invoqués par les parties pour expliquer la solution et lui donner un fondement rationnel. Cette étape, cependant, ne marquerait pas la fin de la motivation du jugement pratiquant une généralisation casuistique. Celle-ci consisterait à réaliser une généralisation de la motivation, qui, dans une seconde étape, ne serait plus axée sur la justification de l'adéquation de la solution à l'espèce, mais sur les éléments qui ont justifié cette solution, emportant véritablement la décision. La différence avec l'étape précédente serait que les faits décisifs ne seraient plus présentés comme provenant de la situation des parties, mais généralisés, mettant en avant que ces faits sont susceptibles de se présenter à nouveau dans une nouvelle espèce, et seront, de la même manière, amenés à rendre inopportune l'application de la loi.

Cette étape de motivation-généralisation peut également s'accompagner d'une sélection accrue des faits qui y sont cités. Si la motivation première s'adresse prioritairement aux parties, et doit, pour les convaincre que la décision relève d'une bonne justice, apporter le plus d'éléments à même d'établir l'adéquation de la décision à l'espèce, la motivation-généralisation a un objectif tout autre. Puisque cette motivation-généralisation vise à accroître la visibilité des justiciables, il semble logique que le juge cherche à y limiter le nombre d'éléments invoqués pour justifier la décision, à le réduire au minimum nécessaire. En effet, si un foisonnement de faits était présent, l'objectif de généralisation serait mis à mal, la prolifération réduisant le nombre de

¹ Sur la motivation du contrôle hors de cette hypothèse de recours à la casuistique, et particulièrement sur ses rapports avec les évolutions relatives à la motivation enrichie, voir *infra* 403 et s.

situations auxquels la justification élaborée dans la motivation serait susceptible de s'appliquer dans le futur. La pratique de la casuistique de généralisation impliquerait en tout cas une modification de la motivation des décisions réalisant un contrôle concret, au-delà des réflexions déjà menées par la Cour de cassation.

379. Pluralité des motivations Ces réflexions permettent de faire apparaître que la généralisation casuistique du contrôle concret de la hiérarchie des normes implique nécessairement une double dimension à la motivation du jugement. En effet, la présence de la seule motivation porteuse de la généralisation semble devoir être insuffisante pour justifier l'application de la solution à l'espèce, tandis que la seule motivation justifiant cette adéquation n'aurait pas de portée générale requise par le recours à la casuistique.

Cette constatation illustre la manière dont la généralisation casuistique s'apparente, par cette généralité, au texte de loi, la motivation particulière étant nécessaire pour faire le lien entre règle générale et situation particulière.

380. Exemple Il est possible d'imaginer ce qu'aurait pu être une décision casuistique dans l'affaire Gonzalez-Gomez¹, comme Madame Bretonneau le proposait aux Conseillers d'État². Dans cet arrêt, il était question de la possibilité pour une citoyenne et habitante espagnole d'importer les gamètes de son mari décédé en France afin de réaliser une insémination *post mortem* de l'autre côté des Pyrénées. Dans une perspective de généralisation casuistique, le législateur aurait prohibé l'exportation des gamètes en ayant seulement à l'esprit le cas des Français cherchant à accéder à l'étranger à une technique prohibée en France, et non celui des étrangers ressortissants d'un pays où cette technique est légale, mais dont les gamètes se trouvent en France. Par conséquent, le Conseil d'État aurait pu proclamer de manière générale que la loi ne trouvait pas à s'appliquer à « *un ressortissant et résident étranger* »³ lorsque sa loi nationale autorise l'insémination *post mortem*. Le juge aurait utilisé la casuistique de généralisation pour aller au-delà des faits de l'espèce, dégageant un cas reproductible où la loi ne donne pas un résultat satisfaisant car le législateur ne l'a pas anticipé.

L'intérêt de cette méthode, abstraction faite de l'argument selon lequel les règles du droit

¹ Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, n° 396848, Gonzalez-Gomez. Cet exemple est employé par Monsieur Chénéde (Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité in concreto, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142).

² Bretonneau (Aurélien), « Droits subjectifs contre interdit législatif, Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, n° 396848 », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 740.

³ Chénéde (François), article précité, n° 6.

international privé auraient suffi à régler la question sans recourir au contrôle concret¹, aurait été confirmé par une affaire récente où une veuve demandait la même exportation de gamètes vers l'Espagne², mais n'entretenait aucun lien avec ce pays. Le refus opposé par le Conseil d'État pourrait être vu comme relevant de l'arbitraire, l'absence de formulation casuistique dans la précédente affaire n'ayant pas permis à cette requérante d'anticiper la solution. Monsieur Chénéde pointe que ces deux situations « *étaient, non pas singulières, mais typiques, en ce sens que chacune d'elles illustre deux situations objectivement différentes qui pouvaient justifier l'application de deux règles générales distinctes* »³. Ce serait le rôle de la casuistique de généralisation employée par le juge que de faire apparaître ces règles générales applicables aux situations non prévues par le législateur.

381. Intérêt La proposition formulée paraît intéressante, et il est aisé de comprendre la logique de la solution proposée, étant donné que les solutions citées représentent deux extrêmes. Dans un cas, la requérante présente des liens très étroits avec l'Espagne, étant ressortissante et résidente de ce pays, alors que, dans l'autre, elle n'en présente aucun, ne s'y rendant que pour bénéficier de l'aide à la procréation. Assurément, une règle générale découverte par le juge en sondant l'intention du législateur indiquant que la prohibition de l'exportation des gamètes ne vise pas les citoyens d'un pays autorisant l'insémination *post mortem* réglerait ces deux situations.

Il faut cependant s'interroger plus largement sur les effets du recours à la généralisation casuistique.

c : Limites

382. Subsistance de la survenance de cas spécifiques La manière dont la généralisation casuistique aurait pu faciliter l'appréhension des effets de l'arrêt Gonzalez-Gomez quant à une affaire postérieure où la requérante n'avait aucun lien avec l'Espagne est aisément compréhensible. Le doute demeure cependant sur la capacité d'une telle technique à aider au traitement d'affaires autres que ces deux cas extrêmes. Une formulation générale au niveau du cas ne dit en effet rien de l'infinité de nuances existant entre les deux cas formulés,

¹ Haftel (Bernard), « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1477 ;

² Conseil d'État, 24 janvier 2020, n° 437328, note Dionisi-Peyrusse (Amélie), « Actualités de la bioéthique », *AJ Famille*, Dalloz, 2020, p. 88 ; Hilt (Patrice), « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 657 et Leroyer (Anne-Marie), « Le juge et le transfert de l'embryon *post mortem* : illustration de l'arbitraire », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 355.

³ Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité in concreto, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142

celui où la loi trouve à s'appliquer, et celui où elle doit être exclue. En quoi la règle rend-elle la solution prévisible si la citoyenne espagnole réside en France et ne se rend dans son pays que pour l'insémination ? Si elle dispose de la double nationalité ? Si elle est citoyenne française veuve d'un espagnol, et selon qu'elle vit en France, en Espagne ou en Italie ?

Il n'est, comme cet exemple l'illustre, pas clair de savoir en quoi une solution présentée de manière générale améliorerait concrètement la prévisibilité des solutions jurisprudentielles. La généralisation provient en effet d'une simplification des espèces, d'une sorte de distillation permettant de ne retenir que les éléments les plus saillants. Or, les espèces présentées au juge sont par nature d'une complexité immense. C'est même un effet du contrôle de proportionnalité que de mettre en exergue cette complexité, invitant les parties à argumenter selon les détails de leur situation factuelle¹.

De ce fait, il semble qu'une présentation casuistique du contrôle de proportionnalité par le juge n'améliorerait qu'à la marge la prévisibilité des décisions, étant donné qu'il est dans l'intérêt des parties de mettre en avant ce qui distingue leur situation des précédents jurisprudentiels. De plus, la casuistique ainsi entendue étant un procédé de généralisation, elle présente en cela les mêmes limites que la loi, elle aussi générale, de ne pouvoir embrasser la totalité des situations à même de devoir être tranchées par le juge. Elle semble de plus, à la différence de la loi, à même de compliquer la tâche du juge et la compréhension des justiciables, entraînant une complexification de l'ordonnement juridique.

383. Complexification de la règle générale Il est en effet à craindre que l'utilisation d'une telle méthode casuistique sur le temps long donne lieu à l'élaboration d'une règle qui, en cherchant à intégrer chaque cas rencontré au fil du temps, serait d'une complexité trop grande et d'une cohérence impossible à maintenir. Il ne pourrait en être autrement qu'au prix d'une limitation drastique par le juge des cas qu'il accepte de considérer.

Dans l'exemple évoqué *supra* de l'insémination artificielle en utilisant les gamètes d'un géniteur décédé, cela reviendrait à dénier toute spécificité au cas de la requérante franco-espagnole pour subsumer sa situation dans le cas prévu par la loi de l'interdiction pour les nationaux ou dans celui posé par le juge d'absence d'interdiction pour les ressortissants étrangers.

Une telle limitation du contrôle concret pour préserver une cohérence à la casuistique du juge ne permettrait plus au contrôle de poursuivre son objectif de vérifier *in concreto* l'effet de l'application des lois quant aux droits fondamentaux. Inversement, l'élaboration d'une nouvelle

¹ *Infra* n°401.

généralisation casuistique pour le cas de la requérante binationale satisferait à cet objectif, mais obligerait à en faire de même pour d'autres cas (celui de la requérante non française ayant la nationalité d'un état prohibant l'insémination *post-mortem*, de celle ayant une double nationalité d'un pays l'autorisant et d'une autre la prohibant...), noyant *in fine* l'intérêt de la casuistique de généralisation dans un foisonnement de règles. À propos de ce risque, il est relevé que « *la casuistique, science subtile, porte en elle-même ses défauts* », entraînant le risque de « *devoir s'encombrer de distinctions à l'infini, avec l'inconvénient de rendre la règle purement circonstancielle* »¹.

La casuistique, pleinement embrassée, présenterait tous les défauts du raisonnement sur l'espèce, tout en se prétendant à portée générale, ce qui la rendrait bien plus dangereuse qu'un raisonnement d'espèce assumant ses limites. Séduisant en théorie, le raisonnement casuistique appliqué au contrôle de proportionnalité cède en pratique devant l'impossibilité de distinguer cas et espèce en dehors des cas d'école, rappelant le paradoxe sorite. Au-delà de ces questions pratiques, il faut s'interroger sur les conséquences sur l'office du juge qu'aurait ce changement de paradigme.

384. **Augmentation voilée du pouvoir du juge** Tout indique que, sur le temps long, le développement d'une généralisation casuistique pour encadrer le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes conduise à une augmentation du pouvoir du juge, empiétant sur le législateur. Pour s'en rendre compte, il est éclairant de comparer la situation résultant de la généralisation casuistique avec la situation actuelle, où celle-ci n'est pas pratiquée, lorsqu'est réalisé un contrôle *in concreto*.

En appliquant la méthode actuelle du contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire sans formuler de règles s'appliquant à des cas supposés typiques, le juge dispose certes d'une latitude relative pour conclure ou non à la disproportion concrète. Cette latitude reste toutefois cantonnée sur le terrain du fait et de l'espèce, le juge prenant une décision motivée par des faits spécifiques. Ce que sa décision perd en prévisibilité, elle ne le gagne pas en portée, son caractère spécifique limitant sa reproductibilité².

La chose serait tout autre si le juge utilisait les espèces pour discerner des cas, et dire dans un jugement d'espèce comment ces cas devraient être jugés. Une telle démarche consiste pour le juge à prendre en compte le « *cas général envisagé par le législateur* », à considérer que ce

¹ Testu (François-Xavier) entrée « Casuistique » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012, 1696 p.

² *Infra* n°411.

n'est pas le cas qui se rencontre dans l'espèce jugée, et à « *formuler une règle générale, propre au type de cas dont il [a] à connaître* »¹. Dans l'exemple pris de l'affaire Gonzalez-Gomez, le Conseil d'État aurait considéré que, lorsque le législateur a prohibé l'exportation de gamètes destinées à une procréation *post mortem*, il n'avait à l'esprit que les nationaux français cherchant à contourner la prohibition en vigueur dans ce pays, et non les étrangers ayant la nationalité d'un état où de telles pratiques sont autorisées.

Un tel raisonnement donne au juge un pouvoir beaucoup plus large que lors d'un contrôle de proportionnalité classique, faisant de lui non plus seulement la bouche de la loi, mais la bouche du législateur, étant chargé de distinguer dans la loi le cas qui était envisagé, pour détecter les cas s'en éloignant. Si l'intention du législateur est parfois discernable dans les travaux préparatoires, il est bien des cas où découvrir la *ratio legis* relève plus de la divination. Par conséquent, le juge risque ici de se saisir d'une large marge de manœuvre en faisant parler le législateur par ventriloquisme pour lui faire révéler la *ratio legis*. La découverte de ce cas envisagé ne semble pas être une science exacte, mais plutôt relever de la fiction. Il est en effet possible de présenter une pluralité de cas envisagés par le législateur pour justifier une unique loi. Par exemple, concernant la loi en question dans l'affaire Gonzalez-Gomez, il est tout autant soutenable que le législateur entend empêcher autant que faire se peut cette pratique qu'il réproouve, tant pour les Français que pour les étrangers.

De plus, quand bien même la *ratio legis* serait accessible, le raisonnement permettant d'exciper de cette *ratio legis* pour évincer l'application d'un texte de loi rédigé de manière impersonnelle et générale paraît d'autant plus problématique que, s'agissant de l'élaboration d'une casuistique, il est destiné à avoir une portée, à faire jurisprudence. Le pouvoir du juge s'accroît considérablement, le laissant circonscrire l'application d'une règle générale en venant lui découvrir des motifs.

Un tel pouvoir pose d'ailleurs question quant aux techniques d'interprétation. Il semble en effet renvoyer à une méthode originaliste, considérant que ce qu'a pensé le législateur lors de l'édiction de la loi doit déterminer sa portée². Si cela peut ne pas porter à beaucoup de

¹ Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité in concreto, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142.

² Plus précisément et simplement, cette doctrine d'interprétation adoptée par bon nombre de juges conservateurs aux États-Unis d'Amérique peut être définie comme donnant aux mots du texte à interpréter le sens qu'ils avaient lorsque le texte a été promulgué. Le juge à la Cour Suprême Antonin Scalia définissait ainsi cette technique : « *The theory of originalism treats a constitution like a statute, giving the constitution the meaning that its words were understood to bear at the time they were promulgated* » (Scalia (Antonin), « Judicial adherence to the text of our basic law: a theory of constitutional interpretation », discours prononcé le 18 octobre 1996 devant la Catholic University of America). Une telle méthode, également qualifiée de littérale, n'est pas neutre politiquement. Monsieur Troper relève dans ce sens que « *on sait bien que les juges qui privilégient aux États-Unis une*

conséquences s'agissant d'un texte récent, les implications de l'usage d'une telle technique sont considérables pour des lois ayant déjà quelques années, car elle mènerait le juge à les appliquer avec un biais conservateur. Quel résultat donnerait un raisonnement fondé sur l'intention du législateur lorsqu'il s'agit d'un texte inchangé depuis 1804 ? Ce pouvoir considérable confié au juge inquiète d'autant plus qu'il est camouflé derrière un légicentrisme qui se veut rassurant. Là où la libre recherche scientifique de Gény, constatant la nécessaire incomplétude de la loi écrite, en déduit que « *l'interprétation juridique nous apparaît maîtresse nécessaire de ses décisions, n'étant assujettie, que par le but même de sa mission, à puiser ses inspirations dans le grand fonds de justice et d'utilité sociale, qui alimente la vie organique du droit* »¹, la proposition de casuistique du contrôle concret prétend que les conclusions du raisonnement se trouvaient déjà dans la loi et n'ont été que révélées, dissimulant l'ampleur du rôle du juge dans ce processus.

Cette extension des pouvoirs du juge permise par la méthode casuistique interroge déjà en y réfléchissant abstraitement. Elle pose encore plus question en ayant à l'esprit que le terrain d'élection du contrôle de proportionnalité se situe devant le juge du fond². En effet, si la Cour de cassation a introduit le contrôle de proportionnalité à grand bruit, c'est chaque juge, dès la première instance, qui est chargé de l'effectuer, la Cour de cassation se bornant à vérifier qu'il a respecté la méthode³. Il est difficile de se représenter comment une jurisprudence casuistique pourrait être élaborée par des centaines de juridictions différentes avec cohérence si chaque juge est chargé de se mettre à la place du législateur. De plus, si une telle élaboration était possible, il semble qu'elle déboucherait sur un enfermement du raisonnement, mettant en échec le caractère concret du contrôle.

385. Enfermement du raisonnement S'il peut être redouté que l'approche casuistique du contrôle de proportionnalité permette au juge de se saisir de pouvoirs nouveaux et exorbitants à son office, il est aussi à craindre un enfermement et un assèchement de son raisonnement, qui irait à l'encontre de l'objet du contrôle concret. Les deux propositions, en

interprétation littérale de la Constitution, celle qui donne aux mots le sens qu'ils avaient au XVIIIe siècle, sont aussi ceux qui adoptent les positions les plus conservatrices » (Tropper (Michel), « Un pouvoir à la recherche d'une fiction », *Commentaire*, 2022/2, n° 178, p. 255 et s.

¹ Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome premier, LGDJ, 1919, n°84. L'auteur résume plus clairement que « *il est nécessaire, de multiplier les voies et moyens de recherche des règles juridiques, et, avant tout, de reconnaître, qu'au-dessus des procédés très variés, par lesquels elles s'élaborent, s'impose une appréciation, discrétionnaire, de l'interprète, seule vraiment susceptible d'adapter, in concreto, le droit au fait* » (Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome second, LGDJ, 1919, p.405).

² *Infra* n°413.

³ *Infra* n°414.

effet, ne sont contradictoires qu'en apparence.

Un objectif du raisonnement casuistique étant de réduire l'imprévisibilité du contrôle de proportionnalité, le recours à la technique du *stare decisis* pratiquée dans les systèmes de *common law* est proposé¹. L'édition de cas présentant des caractéristiques généralisables permettrait en effet aux plaideurs de se référer à la jurisprudence passée pour voir si leur situation correspond à un cas déjà formulé, afin de prévoir avec une certitude raisonnable l'issue du litige. En miroir, le système judiciaire, édictant les cas, serait tenu, *ceteris paribus*, d'appliquer la même solution à une espèce rentrant dans le même cas, sans quoi il ne s'agirait pas de casuistique. La casuistique lie le juge, le forçant, pour préserver la cohérence du système, à décider dans un sens défini. Ce phénomène, concourant à préserver une certaine sécurité juridique, serait tout à fait satisfaisant s'il n'allait pas à l'encontre de l'objet du contrôle de proportionnalité.

386. Incompatibilité avec le contrôle concret La casuistique cherche à simplifier les situations pour les présenter de manière standardisée, idéale-typique. L'objet de la démarche étant la construction d'un système cohérent, le nombre de cas pouvant évoluer en réseau autour d'une règle de droit est nécessairement limité. La casuistique, en effet, entend tout prévoir, et donner une solution à chaque problème, avant que tous les problèmes pris en compte ne se soient concrètement présentés.

Or, le contrôle concret nommé contrôle de proportionnalité repose sur le constat que, au contraire, le législateur ne peut pas tout prévoir. Il peut être vu comme une sorte d'aveu d'humilité reconnaissant que le législateur ne peut raisonnablement anticiper et régler toutes les situations factuelles, et que le juge est le mieux placé pour s'assurer, dans une situation précise aux faits exceptionnels, que la supériorité des droits fondamentaux est respectée en pratique. Ce constat posé, il est difficile de prétendre que le juge serait, plus que le législateur, à même de prévoir la survenance de situation s'éloignant du cas général posé. De ce fait, il semble que le raisonnement soutenant que le juge pourrait, par la casuistique, apporter une sécurité juridique ne sacrifiant pas le respect concret des droits fondamentaux pêche par une erreur de même nature que celui qui soutient que le contrôle abstrait de la loi suffit à assurer le respect de ces droits fondamentaux.

¹ Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité in concreto, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142.

387. **Impraticable casuistique** En pratique, le juge élaborant un système casuistique à l'occasion d'un contrôle de proportionnalité serait comme une araignée prise dans sa propre toile : l'élaboration au fur et à mesure de cas finirait par emprisonner le juge dans le système qu'il a construit. Une certaine prévisibilité s'en trouverait rétablie, mais la prise en compte de la situation concrète ne serait plus qu'une apparence. Le contrôle concret du respect des droits fondamentaux ne serait qu'illusoire dans les mains d'un juge qui ne serait plus à même de prendre en compte l'affaire dans toute sa complexité. Il se retrouverait dans une situation similaire à celle qui existait avant le contrôle de conventionnalité, devant appliquer des règles sans pouvoir modérer leur rigueur dans des cas exceptionnels. Seulement, ses pairs étant auteurs de ces règles, les justiciables perdraient l'accessibilité aisée à la règle écrite qu'offre le système continental, sans parler du problème démocratique que poserait le fait de charger des juges de l'élaboration de règles d'une telle importance.

388. **Bilan : les dangers d'une solution reposant sur la fiction** La casuistique de généralisation dont pourrait se saisir le juge pour présenter son contrôle de proportionnalité comporte de multiples défauts. En raison de la complexité des affaires, mise en exergue par le contrôle concret, elle n'offrirait qu'une amélioration à la marge de la prévisibilité, au prix d'un pouvoir accru du juge, d'une complexification importante de l'ordonnement juridique et d'un enfermement de la jurisprudence. De plus, le caractère concret du contrôle dit de proportionnalité se trouverait minoré par la généralisation qu'elle implique.

Il semble que le recours à cette casuistique présente les défauts de la généralité de la loi sans offrir ses avantages en termes de prévisibilité et de respect de la séparation des pouvoirs, et qu'elle reprenne les défauts du contrôle de proportionnalité sans offrir l'avantage de son caractère concret.

La généralisation casuistique ressemble à une scorie du légicentrisme, voulant entretenir l'idée que la loi votée par le Parlement a réponse à tout. Cela n'est ici fait qu'au prix d'une fiction qui donne au juge un pouvoir débridé en faisant de lui l'interprète de la volonté du législateur au-delà du texte de la loi. En effet, c'est à lui seul qu'il reviendrait de révéler la sagesse qui serait présente dans l'esprit de la loi à défaut de figurer dans sa lettre.

À l'inverse, le contrôle de proportionnalité invite à reconnaître la faillibilité et l'imperfection de la loi plutôt que de les maquiller, ce qui justifie l'existence de normes supérieures à la loi. Toutefois, cela ne signifie pas que la technique casuistique n'a aucun rôle utile à jouer s'agissant du contrôle de proportionnalité.

3 : La casuistique comme outil épistémologique du contrôle

389. **Acteurs de la casuistique** Le recours à la casuistique de généralisation par le juge présente de nombreux risques, lui permettant de s’arroger le pouvoir de déterminer les raisons qui ont poussé le législateur à émettre telle ou telle disposition, et, en conséquence, de créer des distinctions nouvelles en fonction de ce but découvert. Le nœud du problème semble être non pas le recours à la casuistique en lui-même, mais le fait que, lorsque cette technique est entre les mains du juge, elle produit des effets vigoureux, le liant pour le futur dans un système proche de celui du précédent. N’y aurait-il pas un moyen de bénéficier de certains des effets positifs de la casuistique de généralisation en évitant les effets délétères causés par le fait que le juge en est chargé ?

Il semble en effet que la démarche intellectuelle de la casuistique de généralisation puisse parfaitement être réalisée par d’autres. Concrètement, il incomberait au juge, comme il le fait aujourd’hui, de réaliser le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, en vérifiant que l’application de la loi à la situation d’espèce ne produit pas un résultat contraire à une norme de valeur supérieure, tandis que d’autres se chargeraient de l’étape de la généralisation consistant à isoler ce qui, dans le cas considéré, a conduit le juge à conclure que la loi ne s’appliquait pas. Un partage des rôles s’établirait, laissant au juge la tâche de réaliser une appréciation précise des effets produits *in casu* par l’application de la loi, d’autres utilisant ce jugement d’espèce pour généraliser les éléments ayant fait pencher le juge du côté de l’application ou de la non-application de la loi à l’espèce.

Ces tierces personnes seraient les observateurs habituels de la jurisprudence que sont les avocats et les universitaires¹, donnant corps à la volonté affirmée dans le rapport issu des États généraux de la justice de resserrer les liens entre l’Université et les juridictions². La casuistique, entre leurs mains, serait un outil de compréhension et d’anticipation du contrôle de proportionnalité.

390. **Outil de compréhension** Avant toute chose, le recours par les observateurs de la jurisprudence à une casuistique de généralisation permettrait de mieux comprendre le fonctionnement et les implications du contrôle concret de la hiérarchie des normes. En cherchant, à partir de l’observation de la masse des jurisprudences réalisant un contrôle de

¹ Dans une certaine mesure, cette observation, supposant une certaine prise de distance, pourrait être l’œuvre de magistrats, pour autant qu’elle ne trouve pas son siège dans des jugements. L’« *observatoire des litiges judiciaires* », dont la création a été proposée dans le rapport Cour de cassation 2030, pourrait réaliser un tel travail dans son rapport annuel visant à donner « *une vision de l’activité des juridictions judiciaires, analysées comme un ensemble fonctionnel, interconnecté et cohérent* ». *Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, Juillet 2021, proposition n°22, p.71-72.

² *Rendre justice aux citoyens*, Rapport du comité des États généraux de la justice, Avril 2022, notamment p. 137.

proportionnalité, et de celle des décisions individuelles, à découvrir les critères utilisés par le juge pour réaliser le contrôle, les observateurs acquerraient en effet, petit à petit, une vision d'ensemble de la pratique judiciaire sur une question donnée. La généralisation serait réalisée par l'observation d'une décision, permettant d'émettre une hypothèse sur les éléments de l'espèce l'ayant justifiée, cette hypothèse étant confirmée ou infirmée par les décisions suivantes. De cette manière, les observateurs parviendraient à révéler la « *la logique de construction des catégories juridiques* »¹, faisant apparaître de façon incrémentale la rationalité des décisions réalisant le contrôle.

Cette méthode, qui consiste à observer des cas et à émettre des hypothèses sur ce qui est critique, c'est-à-dire déterminant, dans leurs faits, constitue pour Monsieur Rouvière « *l'expression, peut-être la plus naturelle, de la signification intrinsèque de la recherche juridique* »². La casuistique de généralisation ne serait plus ici un mode d'expression du juge, mais un outil de réflexion sur la logique sous-jacente à son jugement manipulé par les observateurs du juge, permettant de la révéler.

La casuistique de généralisation, si elle n'était pas entre les mains du juge, mais servait à faire sens, de l'extérieur, à son action, n'en aurait pas moins une utilité pratique.

391. Outil d'anticipation La casuistique de généralisation, pratiquée par d'autres que le juge pour éviter son empiètement sur les pouvoirs du législateur et son enfermement, permettrait tout de même d'anticiper dans une certaine mesure les décisions judiciaires. En effet, la casuistique bâtirait des systèmes pour expliquer les décisions du juge, comprendre les motifs les sous-tendant au-delà du cas d'espèce, et par conséquent entrevoir la solution que le juge apporterait à un cas se présentant dans le futur, selon les similarités et les différences qu'il présente avec les cas précédents incorporés au système de généralisation.

Pour revenir une dernière fois sur les affaires d'exportation de matériel génétique *post mortem*, il est possible de douter de l'affirmation³ selon laquelle l'affaire Gonzalez-Gomez, en ne distinguant pas expressément la situation des étrangers issus d'un pays autorisant l'insémination *post mortem* comme un cas, aurait introduit de l'arbitraire, ou plutôt de penser qu'elle n'est exacte qu'autant que les lecteurs de la décision n'ont pas adopté une démarche de casuistique de généralisation. La décision, en effet, insistait sur la nationalité espagnole de Madame Gomez, et sur le fait qu'elle avait déménagé dans ce pays. Les observateurs auraient dès lors pu, aux

¹ Rouvière (Frédéric), « Apologie de la casuistique juridique », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 118.

² *Ibidem*.

³ Leroyer (Anne-Marie), « Le juge et le transfert d'embryon *post mortem* : illustration de l'arbitraire », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 355.

côtés d'une critique de la solution de l'arrêt, parfaitement légitime, voir que le Conseil d'État n'entendait manifestement pas remettre en cause la généralité de la prohibition, puisque ses motifs s'appuyaient sur des éléments factuels spécifiques à l'espèce. Un observateur aurait pu qualifier ces éléments d'appréciation comme déterminants, et se convaincre que le Conseil d'État aurait jugé différemment dans le cas d'une requérante ne posant le pied en Espagne que pour contourner la loi française. C'est exactement dans ce sens qu'il a statué depuis lors¹. Il semble probable que, si les auteurs avaient utilisé la casuistique de généralisation pour lire l'arrêt Gonzalez-Gomez plutôt que de s'inquiéter de l'imprévisibilité induite par le contrôle de proportionnalité², la cohérence de la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point serait apparue plus tôt, évitant quelques errements aux cours administratives d'appel³.

Section II : Limite aux effets de l'inhibition de la loi

392. **Le factualisme, limité à la portée du succès** Le caractère factuel du contrôle concret de la hiérarchie des normes, contre toute attente, constitue une limite à la fréquence du succès de ce moyen, puisqu'il nécessite de renverser la présomption du caractère approprié de la loi à la situation résultant de son caractère général. En conséquence, les décisions où une disproportion sera constatée étant rares, il serait aisé d'en déduire qu'elles auront un grand retentissement, et établiront une jurisprudence reproductible à même de mettre en échec la loi de manière répétée. Dit autrement, il est à craindre que la rareté du succès du contrôle le dote d'effets vigoureux au-delà de l'espèce concernée. Pourtant, le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, tant que la technique de formulation du contrôle par le juge reste éloignée d'une casuistique de généralisation qui le dénaturerait, s'il constitue un remède vigoureux dans les instances où il est invoqué avec succès, n'est pas destiné à produire

¹ Conseil d'État, 24 janvier 2020, n° 437328, note Leroyer (Anne-Marie) précitée. Plus récemment, voir aussi deux cas proches où une femme entendait exporter ses ovocytes, conservés dans un hôpital français, en Espagne. La loi prohibait une telle exportation en raison du dépassement par la requérante de l'âge de 45 ans, limite posée par l'article R141-38 du Code de la santé publique à l'utilisation de gamètes féminines. Réalisant un contrôle concret au regard de l'article 8 de la Convention européenne, le Conseil d'État relève dans les deux cas que « *la demande d'autorisation du déplacement des gamètes de [la requérante] vers l'Espagne n'est fondée que sur la possibilité d'y bénéficier d'une assistance médicale à la procréation au-delà de la limite d'âge fixée par les dispositions citées au point 5. [La requérante], de nationalité française, n'entretient aucun lien avec l'Espagne. La seule circonstance que les médecins qui la traitent aient émis un avis favorable à son projet d'assistance médicale à la procréation ne suffit pas à établir que la décision contestée porterait une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale* ». Conseil d'État, 27 octobre 2022, n°467726 et 467727, Note Leroyer (Anne-Marie), « L'exportation des gamètes au prisme du contrôle de proportionnalité *in concreto* », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2023, p.80.

² Voir par exemple Hauser (Jean), « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'État a du cœur ! », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 834.

³ Sur cette réception erronée de la jurisprudence Gonzalez-Gomez par les juges administratifs, voir Prévost-Gella (Jérôme), « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 855.

de larges effets au-delà de l'espèce considérée.

En effet, de la même manière que le caractère factuel du contrôle limite la fréquence du succès du moyen de disproportion, il en limite également les effets au-delà de l'affaire considérée. Ce caractère factuel, faisant du contrôle concret une réponse précise et circonstanciée à un moyen lui-même indissociable des parties et de leur histoire personnelle, vient en effet restreindre considérablement sa capacité à faire jurisprudence. Au-delà du fait que le succès du contrôle laisse la règle écartée *in casu* subsister dans l'ordonnancement juridique, pleinement à même de s'appliquer à des litiges futurs, cet effet est amplifié par le rôle prépondérant des juges du fond qu'implique le factualisme du contrôle. Par conséquent, l'évaluation de la portée du contrôle peut être délicate, l'observateur pouvant aisément être entraîné vers un biais de surévaluation. Les conséquences de la faible portée du contrôle doivent dès lors être explicitées. Pour ce faire, il convient de constater la faible aptitude du contrôle à faire jurisprudence (**Paragraphe I**), qui entraîne le danger d'une surévaluation de sa portée (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : Faible aptitude du contrôle à faire jurisprudence

393. **Une portée limitée à l'instance** Les décisions pratiquant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes ont une faible aptitude à faire jurisprudence, en ce sens que le risque qu'une décision écartant *in casu* un texte de loi donne lieu à de nombreuses décisions similaires est limité. Cela provient d'une part du caractère spécifique des décisions (**A**), d'autre part des degrés de juridiction impliqués (**B**).

A : Caractère spécifique des décisions

394. **Spécificité de la proportionnalité** Le caractère spécifique des décisions pratiquant un contrôle de proportionnalité, qui limite leur aptitude à faire jurisprudence, provient de leur nature factuelle (**1**), qui est mise en avant par l'argumentation qui les entoure (**2**).

1 : Nature factuelle

395. **Spécificité et jurisprudence** Pour comprendre la manière dont le caractère spécifique des décisions où est pratiqué un contrôle de proportionnalité limite leur aptitude à faire jurisprudence, il est nécessaire de revenir sur la notion de jurisprudence (**a**) pour constater son inadéquation avec le contrôle concret (**b**).

a : Notion de jurisprudence

396. **Ambiguïté du mot** Si le mot jurisprudence, « *au terme d'un processus d'appauvrissement de son sens* »¹ dans la langue française², n'est plus guère utilisé dans son sens étymologique, désignant la « *science du droit* »³, la connaissance qu'en ont les prudents, il sert, en langage courant, à désigner « *l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux* »⁴. Cependant, si les juristes utilisent également ce mot dans son sens général⁵, il prend souvent sous leur plume une signification plus précise, qui revient à former, à partir de la totalité des décisions de justice incluses dans la jurisprudence au sens général, un ensemble plus restreint ne contenant que certaines d'entre elles⁶. Dans ce second sens, devenue une « *règle de droit d'origine jurisprudentielle* »⁷, la jurisprudence ne contiendrait que les décisions de justice destinées à avoir une portée au-delà de l'espèce, c'est-à-dire une certaine portée normative, permettant de placer la jurisprudence au sein des sources de droit⁸, à la différence de la masse des décisions judiciaires, qui ne serait plus désignée que comme le contentieux⁹. Si le premier sens du mot, le plus général, est retenu, il ne fait guère de doute que les décisions réalisant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes appartiennent à la jurisprudence. Il est en revanche intéressant de s'interroger sur les caractéristiques du sens restreint, pour savoir si ces décisions peuvent en relever.

¹ Deguegue (Maryse), entrée « Jurisprudence » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

² Cet appauvrissement laisse la jurisprudence à la française dépourvue de traduction aisée dans bien des langues étrangères, l'anglais *jurisprudence* ou l'allemand *jurisprudenz* ayant conservé un sens plus profond. Troper (Michel), *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p.69.

³ Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2016, entrée « Jurisprudence ».

⁴ Trésor de la langue française informatisé, entrée « Jurisprudence ».

⁵ Madame Serverin relève que, « *dans les introductions au droit en France, il est habituel de définir la jurisprudence comme l'ensemble des décisions rendues par les juridictions* » (Serverin (Évelyne), entrée « Jurisprudence » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004). De même, pour Monsieur Rouvière, la notion désigne notamment « *la masse de toutes les décisions rendues* » (Rouvière (Frédéric), « Réponse aux questions posées lors de l'audition », in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II — Annexes, p. 233 et s.).

⁶ Sur l'importance de la diffusion des décisions de justice dans la constitution de la jurisprudence, voir Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume I, p.19 et s.

⁷ Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 82.

⁸ Au-delà de la simplification et du résumé, ici nécessaires au raisonnement, il y aurait bien des pages à écrire sur le « *mystère* » de la jurisprudence, « *assurément l'un des thèmes favoris de la doctrine française* ». Molfessis (Nicolas), « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, Seuil, 2008, n°126, p. 87.

⁹ Sur cette distinction, voir Deumier (Pascale), *Répertoire de droit civil*, Dalloz, entrée « Jurisprudence » ; ou Sayn (Isabelle) « Open data des décisions, jurisprudence et régularité statistique : quelle harmonisation des décisions des juridictions du fond » in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II — Annexes, p. 236 et s.

397. **Sens restreint : faire jurisprudence**

Certaines décisions de justice s'élèvent de la masse du contentieux pour présenter une portée allant au-delà de l'espèce à l'occasion de laquelle elles ont été rendues, une portée générale. Ce phénomène de la jurisprudence suppose nécessairement une distinction entre les jugements y appartenant et ceux n'y appartenant pas. Quoique la frontière entre les deux puisse être floue, il ne pourrait y avoir de jurisprudence si toutes les décisions rendues par des juges avaient la même portée, faute de quoi la jurisprudence se confondrait encore avec le contentieux. Des caractéristiques particulières doivent donc permettre de distinguer les jugements qui font jurisprudence des autres.

Il semble d'abord que les jugements faisant jurisprudence se distinguent par leur degré de généralité. Visant à poser une règle destinée à régler non seulement l'espèce, mais aussi les cas similaires qui se présenteront à l'avenir, la décision de jurisprudence se doit de formuler une règle, ne pouvant se contenter de l'application d'un texte de loi à des faits. Monsieur Zenati-Castaing relève dans ce sens que le juge doit « *démontrer que sa solution n'est pas liée au cas d'espèce (...) mais qu'elle est générale, c'est-à-dire qu'elle s'appliquerait à toutes les situations similaires à celle qui est jugée* »¹. L'exemple paroxystique d'une telle généralité est l'attendu de principe de la Cour de cassation, qui pose une règle formulée avec un degré de généralité similaire à celui que le législateur adopte dans la rédaction des lois, conduisant certains à décrire les caractéristiques de la jurisprudence législative².

Cette généralité dans la formulation des solutions, nécessaire au phénomène jurisprudentiel, est renforcée par leur réitération, qui consiste à ce qu'une même solution soit plusieurs fois répétée à l'occasion d'affaires différentes³. En effet, des solutions formulées avec généralité mais qui seraient changeantes seraient source d'instabilité juridique plutôt que de prévisibilité, ne permettant pas d'anticiper quelle règle sera appliquée à une situation d'espèce. Autrement dit, pour faire jurisprudence, les décisions devraient être « *suffisamment concordantes* »⁴. Cette réitération comprend non seulement la répétition de la solution par la juridiction l'ayant initialement rendue si un cas similaire se présente à nouveau devant elle, mais surtout son appropriation par des juridictions autres ou de degré inférieur. Le phénomène jurisprudentiel comprend en effet une forte dimension hiérarchique.

¹ Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 159.

² Voir Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 198.

³ Monsieur Krynen parle de « *décisions concordantes des juridictions au sein de chaque ordre ou sous-ordre juridictionnel* » (Krynen (Jacques), *Le théâtre juridique, une histoire de la construction du droit*, Gallimard, 2018, p. 273).

⁴ Serverin (Evelyne), entrée « *Jurisprudence* », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

Les arrêts des cours d'appel tendent plus à faire jurisprudence que les jugements de première instance, et les arrêts de la Cour de cassation ont cet effet considérablement plus souvent que les décisions des juges du fond. En effet, les juges de première instance ont intérêt à ce que leurs décisions soient le moins possible réformées en appel, et les conseillers d'appel, en cas de renvoi après cassation, sont *in fine* tenus d'appliquer la solution émise par la Cour de cassation aux faits de l'espèce¹. Par conséquent, « *la solution juridique émise au sommet de l'ordre judiciaire a vocation à être d'application obligatoire par toutes les juridictions* »².

398. Dissolution dans le factualisme Le phénomène jurisprudentiel s'accorde mal avec des décisions présentant un fort degré de factualisme. En effet, le caractère de généralité nécessaire à leur répétition, permise par l'application à des situations futures similaires fait défaut. Au contraire, leur assise factuelle vient limiter leur reproductibilité, étant donné que ces jugements reposent sur le caractère particulier des faits de l'espèce, et que la présentation générale de leur solution fait défaut. Monsieur Zenati-Castaing relève dans ce sens que « *les spécificités de l'espèce et la passion des plaideurs peuvent nuire à la hauteur de vue et au recul que requiert la création d'une règle abstraite à vocation universelle, ce qui apparaît juste dans une affaire se révélera injuste dans une autre* »³.

L'esquisse de ces différents éléments permet de tirer des enseignements sur l'aptitude du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes à faire jurisprudence.

b : Inadéquation avec le contrôle concret

399. Jurisprudence et contrôle hiérarchique L'exemple paroxystique d'une décision de justice destinée à faire jurisprudence est l'arrêt de principe de la Cour de cassation, comportant possiblement un attendu de principe rédigé dans un style législatif. S'il apparaît de manière claire que la décision réalisant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est assez éloignée de ce modèle, il est éclairant, pour mesurer à quel point cet éloignement est marqué, d'imaginer le contraire d'une décision destinée à faire jurisprudence. Ce contraire de la décision de jurisprudence au sein de la masse du contentieux semble être la décision d'espèce. Une décision d'espèce se contente de dire le droit s'appliquant à des faits précis, cherchant à éteindre le litige ayant donné lieu à la saisine du juge. Elle joue pleinement

¹ Code de l'organisation judiciaire, article L431-4 alinéa 2 : « *Lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci* ».

² Krynen (Jacques), *L'État de justice, France, XIIIe-XXe siècle, II, L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, 2012, p. 192.

³ Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 207.

son rôle et finit son parcours en s'appliquant aux faits d'espèce pour lesquelles elle a été rendue. Une telle décision ne présente aucun caractère de généralité dans sa rédaction, le juge se contentant d'une argumentation circonstanciée aux faits de l'espèce, démontrant l'adéquation de la solution obtenue avec la situation posant question. Tout indique que les décisions pratiquant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes sont faites de ce bois. En effet, le contrôle de proportionnalité porte sur des situations qui s'éloignent du *plerumque fit*, et qui n'ont pas vocation à se répéter souvent, ce qui ne porte pas le juge à généraliser sa motivation. Plus encore, lorsque le contrôle conduit à l'éviction *in casu* de la règle de droit, celle-ci n'est justifiée que par la spécificité des faits de l'espèce, ce qui fait que la pente naturelle du contrôle est plus la spécialisation que la généralisation. La proportionnalité peut constituer une « *adaptation constante des solutions aux changements des faits* »¹, rendant toute jurisprudence impossible puisque chaque solution est unique. Autrement dit, le contrôle de proportionnalité tient plus du « *sur-mesure* » que du « *prêt-à-porter* »², soulignant que son factualisme l'éloigne de toute généralité, invitant à tempérer l'affirmation selon laquelle « *la Cour de cassation pourra invalider les lois autant que le Conseil constitutionnel, plus même, grâce à son contrôle in concreto* »³.

Il en irait différemment si une approche casuistique du contrôle de proportionnalité était retenue, forçant le juge à présenter ses décisions de manière générale en envisageant le cas au-delà de l'espèce pour en donner la solution y compris dans le futur⁴. Une pression de la montée en généralité se ferait alors ressentir, poussant le contrôle de proportionnalité vers un phénomène jurisprudentiel, qui augmenterait sa portée tout en réduisant son factualisme. Heureusement, le caractère spécifique des décisions réalisant un contrôle concret, qui réduit leur aptitude à faire jurisprudence, est renforcé par l'argumentation que doivent produire les parties et le juge.

2 : Accentuation par l'argumentation

400. **Spécificité accentuée** L'argumentation produite au soutien du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes semble à même de renforcer le caractère spécifique des

¹ Rouvière (Frédéric), « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités* n°24, ENM, Décembre 2020, p. 35.

² Gogos-Gintrand (Amélie) « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2409.

³ Zenati-Castaing (Frédéric), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 511.

⁴ Sur cette possibilité, voir n°371 et s.

décisions, limitant leur aptitude à faire jurisprudence. Cet effet est visible tant s'agissant de l'argumentation des parties (a) que de celle du juge (b).

a : L'argumentation des parties

401. **Particularisme souligné** La technique argumentative de la jurisprudence ou du précédent conduit la partie voulant qu'une solution passée soit appliquée à sa situation à fournir des arguments attestant de la similarité de sa situation avec celle ayant donné lieu au précédent. Une telle argumentation sera construite pour mettre en avant les points de ressemblance et minorer l'importance des différences pour soutenir qu'elles ne doivent pas conduire à ce qu'une solution différente soit privilégiée.

L'argumentation d'un demandeur voulant que le contrôle de proportionnalité conduise à la non-application de la loi à sa situation factuelle est toute autre. En effet, pour obtenir le succès de cette prétention, le demandeur doit convaincre le juge que les faits de l'espèce éloignent l'affaire des prévisions de la loi, la rendent trop singulière pour l'appliquer, même si les faits se subsument bien dans les conditions législatives. Il pourra y parvenir non seulement en soutenant que le résultat que produirait l'application de la loi serait aberrant, mais aussi, en amont, en montrant que l'espèce se distingue du *plerumque fit* envisagé par le législateur. La logique argumentative du contrôle de proportionnalité pousse donc le demandeur à souligner les spécificités de son espèce, ce qui éloigne le contrôle d'une logique jurisprudentielle où le demandeur soutient la similitude de son affaire au cas dégagé de manière constante par le juge. Si d'autres décisions réalisant un contrôle de proportionnalité pourront être convoquées au soutien d'une telle argumentation, celle-ci sera avant tout tendue vers l'objectif d'attester de la spécificité de l'affaire, seule à même de justifier que la loi soit évincée *in casu*.

Le défendeur au contrôle de proportionnalité, celui qui soutient que la loi doit être appliquée telle quelle, produira nécessairement une argumentation allant dans le sens inverse. Il est en effet dans son intérêt de nier la spécificité de l'affaire pour convaincre le juge de l'adéquation des prévisions de la loi avec les faits sur lesquels il doit statuer. Ce faisant, son argumentation viendra au soutien de la loi, montrant son caractère suffisant en l'espèce, et ne cherchera pas plus que celle de son adversaire à rapprocher la situation d'un précédent contrôle de proportionnalité.

b : La motivation du juge

402. **La motivation enrichie, une motivation spécifique** La motivation par le juge des décisions où est réalisé un contrôle concret vient accentuer le caractère spécifique de ces décisions, réduisant leur aptitude à faire jurisprudence. En effet, l'introduction du contrôle

de proportionnalité impose de repenser la motivation¹. Pour saisir cet effet, il est nécessaire d'envisager la politique de motivation du contrôle (α) et de comprendre ses raisons (β) afin de saisir ses effets (γ).

α : La politique de motivation du contrôle

403. **Réflexions de la Cour de cassation** À partir de 2015, la Cour de cassation commence à envisager une réforme de sa motivation². Le périmètre de la réflexion dépasse largement cette question, manifestant la volonté de l'institution de préserver son influence tout en embrassant les évolutions récentes et apparemment inéluctables du contexte judiciaire européen, replaçant la motivation au cœur de l'acte de juger. Les auteurs sont largement associés à la démarche, qui a donné lieu à la constitution de multiples groupes de travail³ et à un colloque⁴.

Si chacun semble s'accorder sur l'objectif général, « *mieux expliquer les raisons de la décision rendue et de revenir ainsi à un acte de raison plus que d'autorité* »⁵, de multiples pistes sont envisagées, allant du simple toilettage de l'*imperatoria brevitatis*⁶ à la publication des opinions dissidentes⁷ à la manière de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique ou de la Cour

¹ Rouvière (Frédéric), « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités* n°24, ENM, Décembre 2020, p. 35

² Des réflexions doctrinales préexistent à ce mouvement. Voir par exemple Touffait (Adolphe) et Tunc (André), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1974, p. 487.

³ Voir le *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, la *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, Décembre 2018, ou encore le *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, décembre 2018, tous disponibles sur le site internet de la Cour de cassation. Plus récemment, a été créée une commission « Cour de cassation 2030 », sous la direction du juge Potocki, chargée de réfléchir au futur de l'institution et réalisant à cette fin des auditions de personnalités compétentes et un appel à contribution des citoyens. Elle a donné lieu à la publication d'un rapport en juillet 2021 (*Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*).

⁴ *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015*, actes publiés dans *La semaine juridique, Édition générale*, supplément au n°1 de l'année 2016, LexisNexis, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁵ Cadiet (Loïc), Normand (Jacques) et Amrani-Mekki (Soraya), *Théorie générale du procès*, PUF, 2020 (3^e édition), n°336.

⁶ Ainsi de Monsieur de Béchillon, qui relève que « *il n'est pas dit que l'ascèse et l'hypocrisie du mode d'écriture classique des arrêts à la française aient plus d'inconvénients que d'autres* », et qui pronostique que « *des moyens assez légers pourraient peut-être suffire : un effort vrai en direction d'une meilleure lisibilité et d'une explication moins absconse, la remise en cause des traits de rédaction les plus exagérément archaïques... Pas forcément beaucoup plus* » (de Béchillon (Denys), « Observation sur la motivation des arrêts », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015*, actes publiés dans *La semaine juridique, Édition générale*, supplément au n°1 de l'année 2016, LexisNexis, p. 35).

De manière convergente, Madame Deumier retenait précédemment que « *la motivation de la Cour de cassation a également de sérieux atouts : clarté, pureté et neutralité du langage ; rigueur et logique du raisonnement* » (Deumier (Pascale), « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2022).

⁷ Sur le sujet, voir déjà la conférence organisée le 18 octobre 2005 à la Cour de cassation, *Les opinions dissidentes*, actes disponibles sur le site internet de la Cour de cassation. Monsieur Jean-Pierre Ancel, alors président de la

européenne des droits de l'Homme.

Parmi les propositions résultant de ces réflexions, dont il a été relevé qu'aucune n'était révolutionnaire¹, le développement et la systématisation d'une motivation « enrichie », au bénéfice des arrêts qui le nécessitent². Sans définir explicitement la forme que doit prendre une telle motivation, le rapport fait référence aux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne³. Il prévoit par ailleurs, toujours pour les arrêts dotés d'une motivation enrichie, que celle-ci comporte des citations des précédents jurisprudentiels « lorsque cela est nécessaire »⁴. La forme concrète de ces arrêts comportant une motivation enrichie sera développée quelques mois plus tard, dans une note⁵. Celle-ci en résume l'esprit en notant que « tout ce qui entre dans le raisonnement de la Cour doit être formulé »⁶, visant la « traçabilité »⁷ du raisonnement des juges. Par ailleurs, malgré ces nombreux travaux, il est relevé que l'évolution de la motivation de la Cour de cassation « ne saurait être considérée comme achevée »⁸, laissant la porte ouverte à de nouveaux changements ou à une évaluation de ceux réalisés.

404. Lien avec le contrôle concret

Si ces réflexions assez larges visent à permettre au juge de cassation de s'éloigner de l'*imperatoria brevitatis* lorsque cela est nécessaire, lui donnant les outils requis pour exposer un raisonnement plus fouillé, comme le font régulièrement les juridictions étrangères ou internationales, le contrôle de proportionnalité y a été pris en compte du début à la fin. En lançant ce processus de réflexion en 2015, le Premier président Louvel relevait déjà que le développement du contrôle de proportionnalité rendait souhaitable une motivation plus détaillée, celui-ci devant produire « un effet sur la motivation de nos arrêts, fortement encore inspirée par la brièveté légaliste, et qui devrait alors s'enrichir

1^{re} Chambre civile, se prononçait en faveur d'une publication anonyme des opinions minoritaires, afin « d'améliorer la lisibilité du débat devant la Cour de cassation, [ce qui] conduirait à admettre plus de transparence dans nos méthodes de jugement ». L'idée est toujours d'actualité, le Premier-Président Soulard indiquant que « l'éventuelle introduction de l'opinion séparée » demeure un sujet de réflexion pour la Cour de cassation en 2023, destiné à faire l'objet d'une rencontre avec « des universitaires » (Soulard (Christophe), *Allocution prononcée lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire 2023*, 9 janvier 2023, disponible sur le site internet de la Cour de cassation).

¹ Jamin (Christophe), « Le Grand Inquisiteur à la Cour de cassation », *Actualité Juridique Droit Administratif*, Dalloz, 2018, p. 393.

² *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, proposition n°33, p. 152.

³ *Ibidem*.

⁴ *Op. Cit.*, proposition n°34, p. 154.

⁵ *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, Décembre 2018.

⁶ *Op. Cit.*, point n°19.

⁷ *Op. Cit.*, point n°13.

⁸ Soulard (Christophe), *Allocution prononcée lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire 2023*, 9 janvier 2023, disponible sur le site internet de la Cour de cassation

de considérations plus développées sur le contexte, nécessaires à l'appréciation de la proportionnalité »¹. Il semblait en effet logique que le contrôle de proportionnalité, apparu peu de temps avant, et dont l'arrivée avait fait grand bruit, soit l'un des prismes utilisés pour envisager les évolutions de la juridiction suprême.

En conséquence, les différents documents faisant suite à l'élan modernisateur du Premier Président Louvel devaient tous envisager les évolutions de la motivation des arrêts en traitant spécifiquement du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, permettant d'élaborer un cadre clarifié. Le Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, d'abord, cite les arrêts où est exercé un contrôle de proportionnalité comme requérant systématiquement une motivation enrichie², aux côtés d'autres types d'arrêts consistant en des décisions de principe³, tous les arrêts de la Cour de cassation ne pouvant bénéficier de ces innovations chronophages⁴. Cette proposition est reprise dans la note présentant la structure de cette motivation développée rendue quelques mois plus tard par la Commission de mise en œuvre de la réforme⁵. Parallèlement, la structure et la teneur de l'enrichissement de la motivation des décisions réalisant un contrôle de conventionnalité, traitant spécifiquement du contrôle concret, devaient être précisées dans un mémento *ad hoc*⁶. Enfin, plus récemment, le Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation de 2030 propose d'utiliser « *plus souvent la motivation enrichie* »⁷, citant les précédents travaux établissant la nécessité de cette motivation lorsqu'est réalisé un contrôle de proportionnalité⁸. Le récent Guide de la motivation enrichie publié par la Cour de cassation est sur la même ligne,

¹ Louvel (Bertrand), « Réflexions à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 1326.

² *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, proposition n°33, p. 152.

³ La proposition évoque notamment « *les revirements de jurisprudence, la réponse à une question juridique de principe* » et « *lorsque l'arrêt présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit* ».

⁴ Le Président Lacarabats relevait dès 2016 que « *sur une "production" annuelle aussi importante que celle de la Cour actuellement, tous les arrêts ne méritent pas une motivation plus explicite* » (Lacarabats (Alain), *Synthèse sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation*, novembre 2016, disponible sur le site internet de la Cour de cassation). En 2022, la Cour de cassation a rendu autour de 15 000 décisions en matière civile (Livret de rentrée 2023 de la Cour de cassation, p. 5), une moyenne qui s'établissait autour de 20 000 avant 2019 (*Rapport annuel 2018 de la Cour de cassation*, La documentation française, p. 233).

⁵ *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, décembre 2018.

⁶ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018.

⁷ *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation de 2030*, Cour de cassation, Juillet 2021, Proposition n° 2.

⁸ *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation de 2030*, Cour de cassation, Juillet 2021, Note infrapaginale n°94 p. 44.

citant la réalisation d'un contrôle de proportionnalité comme l'une des « *hypothèses dans lesquelles la motivation enrichie est préconisée* »¹.

405. Effets sur les juridictions du fond Si l'objectif de départ de la réflexion était de moderniser la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, il semble, du moins concernant la question spécifique des décisions de justice réalisant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, que les nouvelles techniques de rédaction doivent déborder cette seule juridiction.

D'abord, l'évolution de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation semble devoir mécaniquement entraîner une évolution de la rédaction des arrêts des cours d'appel et des tribunaux judiciaires. En effet, ces rédactions sont soumises au contrôle de la Cour de cassation et guidées par elles. Par conséquent, les juridictions du fond vont tendre à être nourries et influencées par les techniques de rédaction de la juridiction suprême. L'élargissement de la motivation de cette dernière conduira de plus les parties à élargir leur argumentation, forçant les juges du fond à leur répondre.

Ensuite, le Mémento du contrôle de conventionnalité indique explicitement que ses prévisions s'appliquent non seulement à la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, mais surtout à ceux des juridictions du fond². Les trames proposées sont ainsi destinées aux « *jugements et arrêts* »³, et distinguent, selon les hypothèses, la présentation à retenir selon que la décision est rendue par une juridiction du fond ou par la Cour de cassation les contrôlant⁴. Cette différenciation tient à la différence d'office entre les juges du fond et ceux de cassation, mais propose dans les deux cas une motivation plus étendue que ce qui est classiquement réalisé. La politique de motivation des décisions et arrêts réalisant un contrôle de proportionnalité, promue par la Cour de cassation, apparaît donc, menant à un plus grand niveau de détail dans la rédaction des motifs. Pour en comprendre la portée, il est nécessaire d'en expliciter les raisons.

β : Les raisons de la politique

406. Les raisons de la motivation Pour comprendre les raisons qui rendent nécessaires que la motivation du contrôle de proportionnalité soit enrichie, il faut en revenir

¹ *Motivation enrichie : Guide de rédaction*, Document issu d'un groupe de travail présidé par la Présidente Martinel, publié en septembre 2023 sur le site internet de la Cour.

² Sur ce Mémento, voir *infra* n°443 et s.

³ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018, p. 15.

⁴ *Ibidem*, p. 20 par exemple.

brièvement à ce qui justifie la motivation¹.

La motivation des décisions de justice, tout d'abord, permet la révélation du raisonnement du juge. En révélant une partie de leur intellection, les juges cessent d'être les « *prêtres* »² du droit ayant accès à une justice immanente pour devenir des êtres rationnels, chargés d'appliquer des textes à des situations de fait. Cela explique sans doute au moins en partie que l'exigence de motivation ne soit clairement inscrite dans la loi que par les révolutionnaires³.

Par ailleurs, exiger du juge qu'il motive son acte de juridiction est à même de garantir et de promouvoir la qualité de son raisonnement. Sachant son raisonnement analysé, le juge ne doit plus seulement trancher, mais convaincre. De ce fait, « *les motifs constituent un discours par lequel la juridiction apaise sa soif de convaincre que ce qu'elle décide est juste, besoin qui s'explique par le fait que la justice est une valeur, c'est-à-dire un objet auquel on ne peut accéder que par l'argumentation* »⁴.

La motivation, de plus, constitue en elle-même une certaine garantie du principe d'égalité devant la loi. En effet, une fois son raisonnement révélé, le juge se trouve contraint d'apporter « *une solution identique pour deux personnes se trouvant dans la même situation* »⁵, offrant une garantie contre l'arbitraire. La motivation, en un mot, inscrit le raisonnement du juge dans une démarche rationnelle, le conduisant à prendre une décision justifiée et à montrer le caractère justifié de sa décision.

407. Les modalités de la motivation

Si l'exigence de motivation est désormais établie en droit positif, le débat sur ses modalités ne s'est pas éteint, étant donné que « *s'il faut motiver, il est souvent difficile de le faire* »⁶. Il est, en effet, bien des manières de motiver, comme l'illustre la comparaison d'une décision de justice française avec une décision étrangère, ou d'une décision de la justice administrative avec celle de la justice judiciaire. L'enjeu n'est pas seulement cosmétique, l'objectif étant que la motivation puisse remplir sa fonction de

¹ Le sujet a été exploré en détail et dans toute son actualité lors du 7^{ème} congrès de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) tenu à Cotonou (Bénin) les 30 juin et 1^{er} juillet 2022. Voir notamment Lacabarats (Alain), *La motivation des décisions de justice, Principes et illustrations dans l'espace judiciaire francophone*, mai 2022, étude disponible sur le site de l'AHJUCAF, ou Amrani-Mekki (Soraya), *La motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires, Enjeu fondamental, entre traditions juridiques et exigences contemporaines*, Allocution prononcée le 30 juin 2022 lors du 7^{ème} congrès de l'AHJUCAF (Cotonou, Bénin), disponible sur le site de l'AHJUCAF.

² Digeste, Partie I, Livre Ier, Titre Ier, 1 : « *Cujus merito quis nos sacerdotes appelet...* ».

³ Loi des 16 et 24 août 1790, Titre V, article 15. Cette exigence de motivation, en matière pénale, avait toutefois été proclamée peu avant, sous la monarchie (Édit royal du 8 mai 1788).

⁴ Zenati-Castaing (Frédéric), « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2007, p. 1553.

⁵ Jeuland (Emmanuel), entrée « Motivation » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

⁶ Grimaldi (Michel), « Ouverture des travaux », in *Travaux de l'association Henri Capitant : La motivation*, LGDJ, 2000, p. 1.

permettre la compréhension de la décision de justice¹, ce qui suppose de trouver le juste milieu entre une brièveté obscure et une motivation-fleuve noyant le lecteur. Monsieur Grimaldi résume en une formule le débat : « *lorsqu'un juge donne le motif de sa décision, doit-il faire long, au risque de susciter la discussion, spécialement l'argumentation a contrario ? Ou doit-il faire court, au risque de paraître énigmatique ?* »².

En France, force est de constater que le juge judiciaire, à commencer par la Cour de cassation, a opté pour une brièveté extrême de la motivation, contenue dans quelques lignes de propositions. Ce choix permettrait de manifester la souveraineté de la Cour de cassation, et de donner le sentiment que, lorsqu'elle juge, c'est toujours la loi qui parle³.

Cette *imperatoria brevis*⁴, qui a fait les grandes heures d'une doctrine faisant l'exégèse des attendus de principe de la Cour de cassation, est de plus en plus critiquée. Si, en 1974 déjà, Touffait et Tunc regrettaient que « *la Cour de cassation procède par affirmation de principes dont elle ne fait même rien pour éclairer la portée* »⁵, de nouveaux arguments sont apparus depuis en faveur d'une mise à jour des techniques de rédaction.

En effet, l'augmentation ces dernières décennies de l'étendue et du nombre des techniques de contrôle utilisées par la Cour, avec notamment le contrôle de conventionnalité, et, plus récemment, le contrôle de proportionnalité, fait douter de la suffisance de la motivation. Monsieur Jamin interroge ainsi les magistrats : « *la question que vous devez vous poser s'agissant de la structure et de la motivation des arrêts de la Cour de cassation et de leur évolution est donc à mon sens celle-ci : le modèle "républicain" est-il encore suffisant pour produire de la légitimité ou doit-il désormais se combiner avec une logique "argumentative" ?* »⁶. Autrement dit, plus les données à prendre en compte dans la décision se complexifient, plus celle-ci devrait expliquer ses choix, asseyant sa légitimité plus encore sur la raison pour venir compléter l'autorité dont bénéficient les juges du fait de leur sélection sur des critères d'excellence.

Il est par ailleurs regretté que le mode de rédaction des arrêts de la haute juridiction française diffère de celui des juridictions étrangères à un point tel que ses décisions soient difficilement

¹ La motivation, qui ferait partie de l'usage par la Cour de cassation de l'art de la rhétorique, viserait à convaincre le destinataire de la décision de son bienfondé. Mathieu (Benjamin), « La Cour de cassation et l'art de la rhétorique », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2023, p.45.

² *Ibidem*.

³ Sur les raisons pouvant expliquer cette brièveté, voir le *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, p. 130-133, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁴ Krynen (Jacques), *Le théâtre juridique, une histoire de la construction du droit*, Gallimard, 2018, p. 302.

⁵ Touffait (Adolphe) et Tunc (André), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1974, p. 487.

⁶ Jamin (Christophe), « Juger et motiver », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2015, p. 263. Pour l'auteur, le modèle républicain fait référence à des juges choisis pour leur excellence, au moyen d'un concours.

accessibles à des juristes étrangers, tout particulièrement aux juges de la Cour de Strasbourg ou de celle de Luxembourg¹. D'après le rapport d'avril 2017, les décisions de la Cour de cassation seraient difficilement traduisibles, et nécessiteraient une connaissance fine de la technique de cassation afin d'être comprises, rendant toute comparaison avec des décisions d'autres pays accessible aux seuls juristes français².

408. **Motivation du contrôle concret : une question à part** De nombreuses raisons justifiaient qu'un débat nouveau ait lieu au sujet de la motivation, après plus d'un siècle sans évolutions en profondeur³. Le produit de ce débat est la promotion d'une motivation enrichie pour un nombre restreint de décisions de justice, parmi lesquelles se trouvent celles où est réalisé un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. Il apparaît toutefois que ces dernières occupent une place particulière au sein de ces décisions appelées à être motivées plus en détail. En effet, les autres décisions appartenant à cette catégorie (tels les revirements de jurisprudence ou les décisions nécessaires à l'unification du droit)⁴ semblent s'y trouver en raison de la portée importante qui est prévue pour elles lorsqu'elles sont rendues⁵, réservant la motivation enrichie aux « *affaires qui sont au cœur de la mission normative de la Cour de cassation* »⁶. Il semble dans l'intérêt d'une bonne justice qu'une décision visant à régler une question se posant de manière récurrente reçoive une motivation détaillée. En plus de justifier qu'une telle solution soit choisie, cela permettra aux décisions subséquentes qui s'appuieront dessus de moins détailler leur raisonnement en invitant les personnes concernées à se reporter à la décision première. La portée importante d'une décision justifie en quelque sorte que le juge réalise un effort de motivation, permettant par la suite un gain de temps sans porter atteinte à la rationalité et à la prévisibilité de la jurisprudence, étant relevé que le Rapport rendu par la

¹ *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, p. 136.

² Cette affirmation peut interroger, sous-entendant soit que les décisions étrangères sont rédigées de manière si claire que tout juriste peut les comprendre, soit que les juristes français sont dotés de la capacité de comprendre toute décision de justice, capacité qui ferait défaut à leurs homologues étrangers. Peut-être peut-on, de manière plus générale, douter de la faisabilité d'une comparaison entre deux décisions par un auteur n'ayant pas une connaissance fine des deux systèmes juridiques en question.

³ Le laconisme de la Cour de cassation semble s'être enraciné vers « *la seconde moitié du XIXe siècle* » (Jamin (Christophe), « Motivation des arrêts : une alternative », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2001. Cet enracinement n'a commencé à être questionné que plus d'un siècle plus tard, sans que des effets immédiats en résultent (Touffait (Adolphe) et Tunc (André), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1974, p. 487).

⁴ *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, avril 2017, proposition n°33, p. 152.

⁵ Le Premier président Soulard indique que la motivation enrichie concerne « *au moins (...) les affaires les plus importantes* », notant cependant que « *la réflexion [à venir] doit aussi porter sur les limites que l'on entend assigner à la motivation enrichie* » (Soulard (Christophe), *Allocution prononcée lors de l'Audience solennelle de début d'année judiciaire 2023*, 9 janvier 2023, disponible sur le site internet de la Cour de cassation).

⁶ Deumier (Pascale), « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 1783.

Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation dessine une juridiction « concentrée sur ses missions essentielles, au premier rang desquelles la jurisprudence »¹.

409. **Considérations spécifiques à la motivation de la proportionnalité** La chose paraît radicalement différente s'agissant des décisions réalisant un contrôle concret, pourtant pareillement soumises à une exigence de motivation enrichie. Il semble ici qu'elle ne soit pas justifiée par la portée des décisions réalisant un contrôle, dont il est soutenu qu'elle est limitée, mais au contraire par le caractère exceptionnel de celui-ci, ou plutôt de son succès. Une telle décision n'est pas une première décision ouvrant la voie à de nombreuses autres, qu'il est par conséquent rationnel de détailler autant que faire se peut pour être plus concis par la suite, mais d'une décision unique. La motivation enrichie concerne ainsi toutes les décisions où est réalisé un contrôle concret, celles-ci présentant en elles-mêmes un caractère extraordinaire, tandis qu'elle ne concerne que la première décision inaugurant un revirement de jurisprudence. Cette différence tient au fait que, dans un revirement de jurisprudence ou une décision de principe, il est possible de prétendre que le juge révèle la loi, et qu'une fois celle-ci révélée, il n'est plus besoin de motivation détaillée, tandis que, lorsqu'il réalise un contrôle concret, le juge se livre à « *un exercice contre nature, puisqu'il l'amène à refuser d'appliquer la loi au cas, au nom du cas* »².

Sans doute ce particularisme est-il notamment visible dans le fait que, si les mêmes documents issus des réflexions sur la réforme de la Cour de cassation indiquent les décisions à doter d'une motivation enrichie, la teneur de cette motivation est détaillée à part lorsqu'elle s'applique au contrôle de proportionnalité³. Par ailleurs, il est relevé que la Cour de cassation ne pratique pas toujours cet enrichissement, réalisant parfois un contrôle du contrôle qui demeure laconique⁴. De fait, il semble que la motivation enrichie entraîne des effets radicalement différents lorsqu'elle est appliquée à un contrôle concret plutôt qu'à un autre type de décision.

γ : Les effets de la politique

410. **Affirmation du caractère rationnel** L'exigence de motivation désacralisant le rôle du juge, elle implique que ses décisions soient justifiables par la raison. Si

¹ Deumier (Pascale), « La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 600.

² Deumier (Pascale), « Contrôle de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578.

³ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018.

⁴ Etienney de Sainte Marie (Anne), « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 2405.

le juge était initié à une forme de Justice équitable, ou était chargé de sa révélation, la motivation ne serait pas concevable. Moïse, à qui le Décalogue a été révélé, n'a pas motivé ces règles en les donnant à son peuple. Il a d'ailleurs été relevé que « *là où l'exercice du pouvoir à quelque chose de sacré — autorité parentale, autorité post-mortem, autorité régaliennne, expression directe de la souveraineté populaire —, l'obligation de motiver, d'une certaine manière, mine l'autorité* »¹. De ce fait, l'exigence de motivation augmente l'autorité morale du jugement mais réduit l'autorité du juge, faisant que la décision de justice porte en elle, visible et appréciable de tous, la rationalité de son dispositif.

Par conséquent, l'exigence d'une motivation enrichie des décisions réalisant un contrôle dit de proportionnalité semble manifester la connaissance ou la conviction, pour les différents groupes de réflexion ayant proposé cette évolution et les responsables l'ayant entérinée, que le contrôle concret est un processus rationnel. Cette exigence implique en effet que le processus intellectuel du contrôle puisse largement être rendu visible et compréhensible, permettant de comprendre qu'il n'est pas (ou pas plus que tout jugement) le fruit d'un sentiment ou d'un ressenti. L'exigence de motivation enrichie ancre le contrôle de proportionnalité dans le domaine de la raison.

Cette exigence entraîne des conséquences pratiques sur la portée des jugements où est réalisé un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

411. Limitation de la portée Si, dans les affaires où le juge ne pratique pas un contrôle concret, le recours à la motivation enrichie vient appuyer le phénomène jurisprudentiel, la situation est différente, voire opposée, lorsqu'il est question d'un contrôle de proportionnalité où, en cas de succès du moyen, le juge sera amené à exclure l'application de la loi dans le cas d'espèce. Le juge y entreprend une démarche différant largement de son office traditionnel, puisqu'il ne vient pas subsumer le fait dans la loi, ou combler par l'interprétation les silences de celle-ci, mais l'apprécier, la juger. Cet office particulier justifie le recours à la motivation enrichie et renseigne sur son objectif.

La motivation enrichie n'aura ici pas pour finalité de montrer comment la solution peut s'insérer dans la jurisprudence de manière reproductible et prévisible, mais au contraire de montrer qu'elle constitue une exception. Le juge, en effet, devra convaincre de la pertinence de sa décision de s'écarter de son office traditionnel, qui est de qualifier des situations pour leur appliquer le régime prévu par la loi. Par conséquent, sa motivation visera à démontrer que la

¹ Grimaldi (Michel), « Ouverture des travaux », in *Travaux de l'association Henri Capitant : La motivation*, LGDJ, 2000, p. 1.

situation rencontrée en l'espèce s'éloignait des prévisions de la loi, donnant lieu, en cas d'application de celle-ci, à un résultat aberrant. Pour ce faire, la motivation fera une analyse extensive des faits de l'espèce et du résultat qu'aurait produit l'application de la loi dans laquelle ils se subsument, plutôt qu'une réflexion générale sur le bien-fondé abstrait de la solution retenue, comme cela serait fait pour la motivation enrichie d'un autre type de décision.

Le résultat en sera fondamentalement différent. Là où la motivation enrichie produit une montée en généralisation favorable au phénomène jurisprudentiel, elle agira au contraire, dans une décision où est pratiqué un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, pour souligner le caractère unique de l'espèce, et, par conséquent, l'absence de vocation de la solution retenue à être réitérée. La motivation enrichie du contrôle de proportionnalité, en effet, montre avec plus de fidélité et de détail le cheminement intellectuel du juge le conduisant à décider de ne pas appliquer la loi en l'espèce, permettant de voir que le contrôle se fonde très largement sur les faits de l'espèce et leur caractère unique, faisant qu'un jugement concluant à la disproportion ne remet pas en cause l'équilibre général mis en place par le texte neutralisé *in casu*.

La motivation enrichie a un effet spécifique lorsqu'elle s'applique au contrôle de proportionnalité plutôt qu'à une décision destinée à faire jurisprudence, soulignant son caractère unique et lui permettant de trouver sa place, restreinte, au sein du contentieux. Le même constat apparaît lorsqu'est posée la question des juges impliqués dans le contrôle.

B : Degrés de juridiction impliqués

412. **Juge du fond, juge du fait** C'est prioritairement et principalement au juge du fond que revient la tâche de réaliser le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes (1), ce qui restreint la vocation de ces décisions à faire jurisprudence (2).

1 : Le rôle du juge du fond

413. **Juge naturel du contrôle** L'arrêt de la Cour de cassation ayant inauguré le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes dans l'ordre judiciaire¹ pouvait laisser penser que cette juridiction y jouerait un rôle premier. En effet, dans cette affaire, le contrôle de proportionnalité était pratiqué pour la première fois par la Cour de cassation, n'ayant été

¹ Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Notes Bahurel (Charles), « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Defrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140, Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l'Homme », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 153, Hauser (Jean), « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du Code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88, Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

invoqué ni devant le juge de première instance ni devant la Cour d'appel. De plus, le moyen y était soulevé d'office par le juge du droit. Ce dernier semblait affirmer son rôle dans ce contrôle, pouvant laisser penser qu'il lui revenait particulièrement.

La chose, pourtant, serait surprenante. D'abord, le contrôle du respect de la hiérarchie des normes, pratiqué abstraitement depuis l'arrêt dit Jacques Vabre¹, est depuis l'origine dans les mains de tout juge judiciaire, tenu de répondre à un moyen d'inconventionnalité pouvant être soulevé dès la première instance. Ensuite, cette compétence du juge du fond devrait *a fortiori* se rencontrer également lorsqu'il s'agit d'un contrôle concret, lequel suppose une appréciation poussée des faits de l'espèce ou une « *appréciation des intérêts en présence* »², ce qui relève de l'office du juge du fond, et non de celui de cassation. Ce dernier argument permet de voir que le juge du fond est d'ailleurs mieux placé que le juge de cassation pour réaliser le contrôle de proportionnalité, ayant plus d'éléments pour apprécier les effets concrets de l'application de la loi à la situation des parties.

Quoi qu'il ait pu laisser penser l'arrêt de 2013, la faculté et le devoir du juge du fond de réaliser le contrôle de proportionnalité ne semblent pas avoir été réellement questionnés. Il est relevé que « *le juge du fond peut (et même doit) écarter une loi dont toutes les conditions légales d'application seraient réunies et dont la conventionalité objective serait par ailleurs incontestable, si, in fine son application au cas concret devait contredire de façon excessive un droit reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme* »³. Dans le même sens, le Mémento pose avec clarté que « *l'application des droits et principes fondamentaux reconnus par la Convention incombe à tout juge, quel que soit le degré de juridiction, et la question [du contrôle concret] ne se pose donc pas seulement pour la Cour de cassation* »⁴. Étant établi que la charge du contrôle de proportionnalité « *pèse en premier lieu sur les juges du fond* »⁵, demeure la question du rôle de la Cour de cassation.

414. Rôle de la Cour de cassation

Le juge du fond étant désigné comme le premier chargé de réaliser le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes et le plus

¹ Cour de cassation, Chambre mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, Affaire dite des Cafés Jacques Vabre.

² Mathieu (Marie-Laure), « Rédaction des arrêts et contrôle de proportionnalité », in Malhière (Fanny), *Comment rédiger une décision de justice*, Dalloz, 2018, p. 73.

³ Larribau-Terneyre (Virginie), « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 3, p. 46.

⁴ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018, p. 9.

⁵ Fulchiron (Hugues), « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 2496.

à même de le faire, la question du rôle résiduel de la Cour de cassation se pose. Il semble que, s'agissant du contrôle de proportionnalité, son rôle ne diffère pas véritablement de ce qu'il est en général, celui d'une juridiction chargée de veiller sur la qualité et l'uniformité des décisions rendues par les juges du fond, sans connaître « *du fond des affaires* »¹, au moyen de la censure de la « *non-conformité* »² du jugement aux règles de droit. Dans le contexte particulier du contrôle de proportionnalité, cela implique, lorsque la question est posée, de vérifier que le juge du fond a correctement réalisé le contrôle de proportionnalité qui lui était demandé, c'est-à-dire « *que ce contrôle a été effectué et qu'il a été correctement effectué, (...) que les éléments essentiels ont été pris en considération* »³. Cette vérification opérée par la Cour de cassation doit porter sur la méthode du contrôle de proportionnalité, et non sur l'appréciation des faits de l'espèce réalisée par le juge du fond. Comme le relève le Rapport sur la réforme de la Cour de cassation, « *si, alors que les juges du fond ont effectué un contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation rejette le pourvoi après avoir opéré un contrôle lourd ou casse la décision attaquée pour violation de la loi en substituant sa propre appréciation, elle abandonne temporairement son rôle de juge du droit* »⁴.

Cette constatation n'empêche nullement que le moyen d'inconventionnalité concrète ne soit soulevé pour la première fois devant le juge de cassation, pour autant qu'il n'est pas mélangé de fait et de droit⁵. Cette condition, dans le cadre d'un contrôle concret, peut cependant être difficile à satisfaire, faisant du juge du fond le juge naturel du contrôle de proportionnalité, et du juge de cassation le responsable du « *contrôle du contrôle* »⁶.

Une fois ce cadre posé, l'arrêt du 4 décembre 2013, où le moyen de disproportion avait été soulevé d'office par la Cour de cassation, apparaît plus comme une décision destinée à « *donner l'exemple* »⁷ que comme la forme canonique du contrôle de proportionnalité. Ce partage des rôles, bien établi quoiqu'une image troublée ait pu en apparaître au premier abord, est lourd de conséquences concernant la portée des décisions de justice où un contrôle concret est pratiqué.

¹ Code de l'organisation judiciaire, article L411-2.

² Code de procédure civile, article 604.

³ Fulchiron (Hugues), « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1980.

⁴ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Avril 2017, disponible sur le site internet de la Cour, p.169.

⁵ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018, p. 12.

⁶ Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 656.

⁷ Mathieu (Marie-Laure), « Rédaction des arrêts et contrôle de proportionnalité », in Malhière (Fanny), *Comment rédiger une décision de justice*, Dalloz, 2018, p. 73.

2 : Les conséquences quant à la portée des décisions

415. **Défaut de portée jurisprudentielle** La constatation du rôle naturel du juge du fond, dès la première instance, dans la réalisation du contrôle concret de la hiérarchie des normes entraîne des conséquences considérables quant à la portée des décisions. Elle vient limiter fortement le potentiel de ces décisions à produire des effets au-delà de l'espèce pour laquelle elles ont été rendues¹, se conjuguant avec la limitation imposée par le caractère spécifique des décisions réalisant un contrôle de proportionnalité.

D'abord, à la spécificité particulière attachée au contrôle concret, vient s'ajouter une spécificité plus générale attachée aux décisions au fond. Ces décisions, en effet, visent à éteindre le litige en répondant aux demandes des parties. Le Tribunal judiciaire ou la Cour d'appel ne sont pas les lieux pour débattre des grands principes du droit avec généralité, mais ceux où ils sont utilisés pour obtenir gain de cause, faisant que « *la jurisprudence des juges du fond n'est pas essentiellement celle de l'interprétation du droit : elle est aussi, et avant tout, celle de l'appréciation des cas* »². Les décisions qui en résultent visent seulement à répondre aux demandes des parties pour rendre justice, et non à régler pour l'avenir des questions faisant débat. Le simple fait que les décisions au fond soient rendues par un juge lié par le principe dispositif et cherchant à rendre une décision qui marquera la fin du litige en n'étant pas l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation vient limiter la vocation des décisions au fond à faire jurisprudence.

Au-delà du caractère spécifique des décisions au fond, leur faible portée jurisprudentielle provient également de leur place dans la hiérarchie judiciaire³. La jurisprudence, en effet, n'est pas seulement la conséquence de la haute qualité des décisions qui leur donnerait une importante force de conviction. Elle provient aussi de l'autorité des juridictions qui la rendent, lesquelles sont capables d'imposer leur interprétation si elles ne sont pas suivies volontairement

¹ Si notre argumentation embrasse la faible portée des jugements de première instance pour en faire une limite endogène à la portée du contrôle concret, un point de vue différent est concevable, s'inquiétant du manque de visibilité des décisions au fond. Ainsi, pour Monsieur Edouard, « *il est primordial que les décisions rendues, en ce qu'elles peuvent conduire à écarter la norme de manière générale ou seulement au litige soumis au juge, soient suffisamment visibles* » (n°383), conduisant l'auteur à proposer la mise en place d'une « *base de données adaptée au contrôle de conventionnalité* » (n°392 et s.). Edouard (Cédric), *Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux*, Thèse de droit privé, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2022.

² Deumier (Pascale), « La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 600.

³ Monsieur Zenati-Castaing rappelle que « *le précédent autoritaire ne se conçoit en pratique que à l'égard d'autrui ; c'est un mécanisme hiérarchique qui contraint une juridiction inférieure à appliquer les solutions d'une juridiction supérieure* » (Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 138). Cette forme de précédent, à l'autorité importante, est inconcevable en première instance, étant donné que le juge considéré n'a pas de juridiction inférieure à contraindre.

par les juridictions d'un degré inférieur. C'est bien sûr le cas de la Cour de cassation, dont la décision rendue par l'Assemblée plénière oblige la Cour d'appel de renvoi sur les points de droit au sujet desquels elle statue¹, mais c'est aussi, dans une moindre mesure, celui des décisions rendues par les cours d'appel à l'égard des juges de première instance. Ceux-ci sont en effet soucieux que le taux de réformation de leurs jugements demeure le plus faible possible, ce qui suppose de se conformer aux décisions rendues en appel, donnant lieu à un certain phénomène jurisprudentiel. Ce n'est en revanche pas le cas pour les décisions rendues en première instance, celles-ci étant en bas de la hiérarchie, et ne pouvant par conséquent être suivies par aucune juridiction de degré inférieur. Pour cette raison, le phénomène jurisprudentiel ne devrait pas être recherché « *devant les tribunaux, « en général », mais devant ceux qui disposent du pouvoir d'imposer leur interprétation aux juridictions inférieures* »². Il est d'ailleurs rappelé que la Cour de cassation a été instaurée dans le but d'unifier la jurisprudence et d'éviter les phénomènes locaux, faisant que « *en principe, la question d'une jurisprudence des juridictions du fond ne devrait pas se poser* »³.

Cela ne signifie pas pour autant que les décisions au fond pratiquant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes soient destinées à tomber totalement dans l'oubli.

416. Possible portée argumentative Si le fait que les juges du fond soient ceux qui statueront le plus souvent sur les demandes de contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes limite l'aptitude de ces décisions à faire jurisprudence, cela n'exclut aucunement que ces décisions aient une certaine utilité au-delà de l'affaire à l'occasion de laquelle elles sont rendues.

En effet, il est possible, dans l'argumentation des demandeurs, de mobiliser une décision de justice sans réclamer de lui faire produire une portée jurisprudentielle. La décision est alors invoquée non comme un précédent devant lier le juge, mais comme un argument devant le convaincre, non pas en raison de son autorité, mais par l'autorité de sa raison. Pour utiliser ainsi une décision de justice, les plaideurs seraient amenés à la décortiquer plutôt qu'à la brandir, en analysant les tenants et les aboutissants pour demander au juge de s'en inspirer ou de ne pas s'en inspirer. Leur argumentation ne serait pas assise sur le caractère général d'une décision lui permettant de s'appliquer à de nombreuses affaires, mais au contraire sur son caractère particulier, lui permettant d'éclairer de nombreuses affaires. Cette démarche, qui ne relève pas

¹ Code de l'organisation judiciaire, article L431-4.

² Serverin (Évelyne), entrée « Jurisprudence » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

³ Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume I, p. 80.

du mécanisme du précédent mais de la technique d'argumentation, serait facilitée par le recours à une motivation développée ou enrichie lorsqu'est pratiqué un contrôle de proportionnalité. Cette motivation offrirait en effet un grand nombre d'interstices argumentatifs pour soutenir le caractère semblable ou dissemblable des décisions.

Les décisions des juges du fond réalisant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes auraient de la sorte un certain pouvoir de conviction, lié au fait que « *le juge exerce son office à côté d'autres juges, dont les décisions ne peuvent lui être indifférentes* »¹. Il serait pour autant dangereux de surévaluer leur portée.

Paragraphe II : Danger de la surévaluation de la portée

417. **Conséquence de la faible portée** La faible aptitude du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes à faire jurisprudence étant établie, reste à voir la manière dont la portée de ce contrôle peut être appréciée. De ce point de vue, il semble aisé, pour des juristes habitués à imaginer les conséquences du contrôle abstrait de conformité, de surévaluer les conséquences d'une décision concluant à une disproportion concrète. Pour tenter d'éviter cet écueil, il est utile de tirer les conclusions des développements précédents pour voir que le succès d'un moyen de disproportion ne constitue pas un appel au législateur (A), et qu'il est mal aisé de réitérer dans une autre affaire le succès d'une telle prétention (B).

A : L'absence d'appel au législateur

418. **Absence de remise en cause de la loi** Le contrôle de proportionnalité étant un contrôle concret portant sur l'application de la loi aux faits de l'espèce, il est évident que le succès du moyen qui en excipe ne signifie pas que la loi écartée *in casu* n'est, de manière générale, plus applicable. La conformité de la loi considérée abstraitement n'est pas affectée. Cependant, il serait possible de voir dans la décision du juge de donner raison à un moyen de disproportion une mise en garde, un appel du pied au législateur indiquant que la conformité abstraite de la loi serait à même d'évoluer dans le futur.

Ce n'est généralement pas le cas. Le caractère factuel du contrôle, en effet, implique qu'il s'agit d'une décision « *sur-mesure* »², élaborée spécifiquement et uniquement pour répondre aux faits

¹ Théry (Philippe), « Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence », in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 173.

² Gogos-Gintrand (Amélie) « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2409.

de l'espèce. Par conséquent, une telle décision ne prête pas à conséquence au-delà de la situation pour laquelle elle a été rendue, et n'est pas de nature à constituer une mise en garde faite au législateur pour lui indiquer une prochaine évolution jurisprudentielle.

Si cette affirmation est renforcée par la constatation que le juge du fond est prioritairement chargé de réaliser le contrôle concret, il semble qu'elle puisse être mise en échec dans une situation particulière.

419. Possible signal précurseur d'une évolution Le succès du moyen demandant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes pourrait en effet constituer le signal précurseur d'une évolution dans le cas où les faits spécifiques ayant justifié ce succès sont appelés à se généraliser. L'idée est que le contrôle peut avoir été demandé dans une situation exceptionnelle appelée à l'être de moins en moins. Dans cette hypothèse, une évolution technologique ou sociale, d'abord adoptée ou vécue par une infime partie de la population, serait de nature à faire produire un résultat aberrant à l'application d'un texte de loi. La situation étant trop rare, la loi en cause serait vue comme abstraitement acceptable, étant donné qu'elle mènerait toujours au résultat voulu dans la quasi-totalité des cas. Le contrôle concret n'interviendrait que dans la situation exceptionnelle où l'application de la loi ne remplirait plus son objectif et mènerait à un résultat inconvictionnel. Cependant, l'évolution technologique ou sociale étant de plus en plus largement adoptée par la société, cette situation évoluerait, puisque le nombre de situations où la loi produirait un résultat aberrant irait croissant. Une fois atteint le point où ces situations seraient en nombre significatif, la conformité abstraite de la loi serait questionnée, et le législateur appelé à la faire évoluer pour se conformer au nouveau *plerumque fit*.

420. Exemple Si le contrôle concret avait été pratiqué à l'époque, peut-être eut-il pu en être ainsi concernant le traitement discriminatoire des enfants adultérins dans la succession, qui a *in fine* donné lieu à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme¹. Auparavant, le Code civil limitait la part successorale des enfants adultérins à la moitié de ce qu'aurait été celle-ci si tous les enfants du défunt avaient été légitimes², ce qui revenait à avantager les enfants légitimes par rapport aux enfants adultérins. Quoique la morale contemporaine en pense, cette disposition visait à promouvoir le modèle de

¹ Cour européenne des droits de l'Homme, 1^{er} février 2000, n°34406/97, affaire Mazurek c/ France.

² Code civil, article 760 dans sa version antérieure à la Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

la famille légitime, créant une structure solide utile à l'éducation des enfants, laquelle ne pouvait qu'être troublée par le fait que l'un des parents conçoive un enfant dans l'adultère. Si le juge français avait pratiqué le contrôle de proportionnalité, il eut été imaginable que, dans la situation de l'arrêt Mazurek, où la mère de l'enfant adultérin était séparée de fait de son mari, un contrôle concret aboutisse à considérer la discrimination comme non justifiée, le trouble social provoqué par la naissance d'un enfant adultérin étant moindre lorsque les époux sont séparés de fait. Le contrôle de proportionnalité serait venu apporter un remède dans un premier temps, accompagnant la désuétude progressive de cette loi, entraînée par l'augmentation du concubinage, de la séparation de fait, et la conscience de l'injustice de la situation pour l'enfant adultérin, amené par le Code civil à souffrir des conséquences des fautes de ses parents.

Le contrôle de proportionnalité permettrait ici de réaliser en douceur une sorte de transition entre le moment où une loi est conforme aux normes supérieures et celui où elle ne l'est plus, le contexte de son application ayant changé. Il ne s'agit pas ici d'un appel du pied du juge au législateur le mettant en garde contre une évolution jurisprudentielle, mais d'une décision prise en seule considération des faits de l'espèce, qui pourrait être lue comme accompagnant une évolution sociétale à même de remettre en cause la conformité abstraite de la loi.

B : La difficulté de la réitération

421. **Jurisprudence ou *distinguishing* ?** De nombreux arguments indiquent que les décisions réalisant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes ne sont pas destinées à faire jurisprudence. Cependant, alors que la totalité des décisions rendues par toutes les juridictions de tous les degrés sera bientôt accessible à tous, il serait peu convaincant de prétendre que ces contrôles de proportionnalités réalisés pour participer à l'extinction d'un litige tomberont dans l'oubli. C'est en effet le mouvement naturel des justiciables et de leurs conseils que de chercher des arguments dans les interprétations passées afin de convaincre les juges de trancher dans le même sens que leurs collègues.

Le factualisme du contrôle de proportionnalité, renforcé par le fait que la motivation est de plus en plus détaillée, empêche toutefois de brandir les décisions passées comme des sésames à même de déterminer la décision du juge. Ces décisions sont en effet dépourvues de la généralité qui serait nécessaire pour que la solution donnée ait vocation à s'appliquer de manière convaincante à une autre affaire que celle pour laquelle elle a été rendue. Le rôle de l'avocat ne sera donc pas de monter en généralité depuis une décision ou un ensemble de décision pour soutenir l'existence d'un courant jurisprudentiel, mais au contraire de réaliser une analyse poussée des faits ayant conduit à chaque décision pour mettre en exergue les différences et les

similarités entre le précédent cité et l'affaire en cours. Il s'agira concrètement d'analyser plusieurs décisions afin de démontrer que celles statuant dans le sens voulu se rapprochent plus des faits de l'espèce, tandis que celles statuant dans le sens inverse s'en éloignent. À l'opposée d'un raisonnement tourné vers l'abstraction qui chercherait à révéler une rationalité générale cachée dans des décisions de justice particulière, il faudra rejouer chaque procès dont la décision est citée pour montrer que la décision prise était la bonne en considération des faits de l'espèce, permettant petit à petit de faire converger la démonstration vers la conclusion que l'affaire traitée doit être jugée dans le sens voulu. Dit autrement, l'objectif pour les avocats sera de reconstituer « *de manière complète les faits de l'espèce dont a jailli la solution de jurisprudence pour les confronter à l'espèce sur laquelle ils argumentent [afin de reproduire] l'itinéraire de la prudence passée pour rendre possible sa réitération présente* »¹.

Une telle démarche ne relève de l'argumentation jurisprudentielle qu'au prix d'une forte extension du concept, l'aspect généralisateur et abstrait de la jurisprudence étant ici remplacée par un raisonnement casuistique s'appuyant sur des espèces passées pour défendre le traitement de l'affaire présente. Elle semble plutôt se rapprocher du *distinguishing*, cette technique d'interprétation de *common law*² accordant « *une importance considérable à la comparaison entre les précédents et le cas d'espèce* »³ pour guider le traitement de l'affaire en la comparant à des espèces par l'observation des similarités et dissimilarités entre elles⁴.

En résumé, le factualisme du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes empêche la formation de jurisprudence, obligeant les plaideurs à construire une argumentation qui utilise les précédents sans en extraire de règles générales. Un impact sur la prévisibilité des décisions de justice est donc à envisager.

422. Conclusion de chapitre

La portée du contrôle de proportionnalité trouve ses premières limites dans son caractère factuel. Cette spécificité du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes par rapport aux autres modalités de contrôle a en effet de puissantes implications, tant quant à la fréquence de succès du moyen de disproportion que quant aux effets de ce succès.

¹ Zenati-Castaing (Frédéric), « La jurisprudence révélée », in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 178 et s.

² Qui se rencontre également parfois dans le système continental (sur ce point, voir Rouvière (Frédéric), *Argumentation juridique*, PUF, 2023, n°60).

³ Goltzberg (Stefan), *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique : définition, présomption et argument a fortiori*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 31.

⁴ Monsieur Jamin relève que « *la balance des intérêts nous mène donc vers la technique des distinctions portant sur les faits eux-mêmes* » (Jamin (Christophe), « Cour de cassation : une question de motivation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°29, p. 878.

D'abord, ce factualisme du contrôle de proportionnalité vient le différencier de la loi. Au-delà bien sûr de la différence de nature entre une norme et un mécanisme d'application des normes, il est important de constater que la première est par essence générale et impersonnelle, tandis que le second ne s'intéresse qu'aux faits de l'espèce pour suppléer à l'éventuel caractère insuffisant de l'application de la loi. Cette différence dans le degré de généralité des deux figures considérées implique que, la plupart du temps, la loi doit donner une solution satisfaisante au différend, le contrôle concret n'intervenant que de manière exceptionnelle. Cette intervention a lieu lorsque les faits de l'espèce sont si particuliers que, bien qu'ils se subsument dans la règle de droit, l'application de celle-ci provoque un résultat inique, aberrant. Cette prise en compte particulière des faits de l'espèce fait l'intérêt du contrôle concret tout autant qu'il fait sa limite : si le juge devait faire évoluer sa méthode du contrôle concret vers la casuistique de généralisation, le contrôle cesserait d'apporter satisfaction dans les cas les plus particuliers, et le juge empièterait sur les pouvoirs du législateur.

Le factualisme du contrôle commande aussi ses effets. Là où les décisions de justice faisant jurisprudence ressemblent par la généralité de la formulation de leur solution à la loi, les décisions où le contrôle conduit à l'éviction *in casu* de la loi, en trouvant leur justification dans le caractère exceptionnel des faits de l'espèce, n'ont pas vocation à faire jurisprudence. En cela, ces décisions constituent ce que le Doyen Carbonnier nommait, dans un autre contexte, un « *jugement à l'état pur, un jugement qui, lui-même, ne croit pas pouvoir devenir règle* »¹. Ces considérations permettent de cerner la portée des décisions où le moyen demandant au juge de réaliser un contrôle *in concreto* est un succès, de voir à quel point elle est mesurée. Cependant, la portée de l'utilisation de cet outil nouveau peut aller au-delà de la portée des décisions où il est employé avec succès. Une disruption du système est possible, mettant en péril la prévisibilité des solutions ou la séparation du pouvoir. L'encadrement du contrôle doit permettre de l'éviter.

¹ Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°9.

Chapitre II : L'encadrement du contrôle

423. **Une portée limitée par l'encadrement du contrôle** Le caractère factuel du contrôle en limite la portée en restreignant les hypothèses où il est un succès et les effets de ces succès. Cependant, ces limites ne suffiraient pas si le contrôle n'était édifié par une technique indiquant au juge comment il doit procéder, et, ce faisant, le restreignant dans son action. De ce point de vue, l'imprédictibilité des solutions et le pouvoir du juge sont les deux faces d'une même pièce, relevant des mêmes risques et recevant une même solution.

L'imprédictibilité est une conséquence du caractère factuel du contrôle. Puisque le contrôle est étranger à la notion de jurisprudence, il peut être difficile pour les justiciables d'anticiper ses solutions. Dans une certaine mesure, cette imprévisibilité est nécessaire, expliquant que le juge soit saisi, mais dans une certaine mesure seulement. Une trop grande imprévisibilité est de nature à faire du contrôle et, plus largement du procès, un système chaotique et dangereux. L'encadrement technique du contrôle, quoiqu'il ne permette pas véritablement d'entrevoir la solution donnée à telle affaire, rend anticipable la technique qu'utilisera le juge, et la solution qu'il est à même de rendre de manière générale, dans une pluralité d'affaires, ramenant l'imprédictibilité à un niveau acceptable.

À défaut, cette imprévisibilité laisserait au juge une trop grande marge de manœuvre. Dans un système chaotique, il serait à même de décider selon son bon vouloir, faisant prévaloir son éthique, sa morale, ses visions politiques, en un mot, sa subjectivité personnelle. Sa démarche ne serait plus impartiale. Le spectre des jugements en équité que rendaient les parlements de l'Ancien régime réapparaîtrait. Là aussi, l'encadrement technique permet de l'éviter, en forçant le juge à rendre des solutions motivées selon des normes qu'il n'est chargé ni de proclamer, ni de découvrir, limitant la variété des décisions possibles à celles qui sont justifiables.

L'encadrement du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, dont la teneur et les modalités peuvent évoluer avec une certaine flexibilité, achève de tracer le domaine du contrôle, le guidant pour lui éviter de produire des effets pervers tout en le laissant déployer ses effets bénéfiques. Pour le voir, il faut envisager l'encadrement du contrôle comme une limite à l'imprédictibilité (Section I) et au pouvoir du juge (Section II).

Section I : Limite à l'imprédictibilité

424. **Caractère opportun du dévoilement de l'imprédictibilité** Le caractère factuel du contrôle fait craindre, au premier regard, que sa portée soit mal définie, le rôle important des faits de l'espèce, par définition changeant dans chaque situation, pouvant donner

lieu à une imprédictibilité insupportable. En allant au-delà du raisonnement syllogistique, le contrôle dit de proportionnalité soumet au raisonnement du juge des éléments nouveaux, venant s'ajouter aux prévisions de la loi et aux éléments énumérés de fait déclenchant l'application de tel ou tel régime. La conséquence de cette complexification du raisonnement serait une baisse de la faculté d'anticiper la décision de justice qui sera *in fine* rendue, l'équation étant rendue considérablement plus complexe par l'adjonction de faits nouveaux au rôle nouveau. La compréhension et l'anticipation du raisonnement judiciaire seraient amoindries par la difficulté de la détermination des conditions initiales à même d'entraîner un changement de l'issue du procès où est pratiqué un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

La compréhension de l'effet du contrôle de proportionnalité quant à la prévisibilité des décisions de justice est importante, tant une certaine dose de prévisibilité est absolument requise pour que le système judiciaire puisse véritablement s'acquitter de sa dette de justice.

Pour autant, ces interrogations sur la prévisibilité du contrôle de proportionnalité ne doivent pas laisser penser que celle-ci est acquise dans les affaires où un tel contrôle n'est pas pratiqué, ou qu'elle l'était avant l'apparition en France du contrôle. Tout en exposant de quelle manière l'encadrement du contrôle de proportionnalité limite l'imprédictibilité, il convient de voir que celle-ci préexiste au contrôle concret, et qu'il n'est en aucun cas possible ni même souhaitable qu'elle mène à sa disparition totale.

Plus précisément, il faut distinguer les imprévisibilités. Le fait de pouvoir prédire le résultat d'une instance où est réalisé un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est en effet bien différent de l'appréciation de l'effet du contrôle sur une disposition législative, une fois que de nombreux contrôles sont pratiqués dans des affaires distinctes. Existerait alors une micro-imprévisibilité irréductible quand est considérée une espèce isolée, tandis qu'en considérant une pluralité d'instances contrôlant la proportionnalité d'une même disposition, apparaît plutôt une macro-imprévisibilité. Un certain degré d'imprévisibilité demeurera toujours quant à l'espèce (**Paragraphe I**), tandis que sa réduction lorsqu'est considérée la matière dans sa globalité est possible (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : L'existence d'une imprévisibilité

425. **Le dévoilement, condition de l'encadrement** Un certain degré d'imprévisibilité existe dans une affaire où est pratiqué un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. Cependant, il faut aller au-delà de ce constat pour se livrer à une comparaison. L'imprévisibilité dans la proportionnalité ne peut en effet être appréciée que par rapport à celle qui se rencontre en dehors de tout contrôle concret. De ce point de vue, il apparaît

bien vite que le contrôle de proportionnalité ne fait que dévoiler une imprévisibilité présente dans toute décision d'espèce (**A**), laquelle peut parfaitement recevoir un encadrement spécifique pour la réduire (**B**).

A : Le dévoilement de l'imprévisibilité

426. **La proportionnalité rend visible l'imprévisibilité** Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes rend visible l'imprévisibilité plus qu'il ne la crée. L'imprévisibilité, quoique toujours redoutée (2), est en effet de l'essence du recours au juge, que cela soit par sa présence toujours décelable (1) ou par la nécessité de cette présence dans une certaine mesure (3).

1 : Le caractère essentiel de l'imprévisibilité

427. **Apparente prévisibilité du syllogisme** Pour le philosophe Karl Popper, la reproductibilité, qui désigne la « *fidélité des résultats d'une même opération ou expérimentation répétée à des moments, en des lieux ou avec des opérateurs différents* »¹, est un critère de la scientificité. Une expérience, pour pouvoir être qualifiée de scientifique, devrait pouvoir être reproduite et donner, *ceteris paribus*, les mêmes résultats. Une expérience reproductible a donc un résultat prévisible. Dans une conception positiviste du droit, il est tentant de transposer cette approche à la conception du raisonnement juridique. Il faudrait, pour qu'un tel raisonnement puisse présenter une rigueur scientifique, objectif désirable en lui-même dans une perspective positiviste, que son résultat, en connaissant les données de départ soit prévisible. Autrement dit, cela implique que tout juge appelé à statuer exactement avec les mêmes données de fait, arrive exactement au même résultat.

Le recours au syllogisme, ou du moins la présentation du raisonnement sous cette forme, permet de donner au jugement une telle apparence d'inéluçabilité « *rassurante* »². En effet, le syllogisme limite strictement les faits pouvant entrer dans le raisonnement³, et peut par conséquent assigner à chaque fait un rôle déterminant, chaque élément factuel envisagé par la loi destinée à être appliquée au moyen d'un syllogisme étant destiné à emporter la décision du juge. Le syllogisme constituerait alors « *un instrument de rigueur logique (...) permettant de régler la plupart des situations contentieuses* »⁴.

La réalité profonde de la scientificité du syllogisme est toutefois hautement questionnable. Il

¹ Trésor de la langue française informatisé, entrée « Reproductible ».

² Deumier (Pascale), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2021 (6^e édition), n°96.

³ *Supra* n°76.

⁴ Gautier (Pierre-Yves), « Éloge du syllogisme », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, p. 902.

semble manifeste que cette présentation rigoureuse du raisonnement relève, au moins en partie, de l'apparence, et permette de masquer un raisonnement donnant beaucoup plus de liberté à son auteur que ne le laisse penser sa présentation. Il est relevé de longue date que « *les juges du fond ont un moyen indirect et plus ou moins secret de faire cependant de l'équité ; [en interprétant] souverainement les faits de la cause, et qu'ils peuvent, en vue d'aboutir au résultat qu'ils estiment juste, adopter l'interprétation nécessaire* »¹. L'élaboration des prémisses du raisonnement syllogistique échappe en effet aux canons stricts imposés par cette forme², ceux-ci ne régissant que la conduite du raisonnement en elle-même et laissant au juge une certaine marge pour construire les bases du raisonnement, qui déterminent son résultat. Un raisonnement téléologique, partant de résultat souhaité pour remonter vers les prémisses le justifiant peut parfaitement être camouflé dans un syllogisme. Un tel syllogisme « *inversé* »³ ou « *à rebours* »⁴ n'est pas nécessairement problématique, étant donné que la présentation syllogistique permet de s'assurer que la solution est rendue possible par le système juridique⁵. Il évite ainsi que puisse être retenue une solution aberrante, étant donné que le juge renoncera à la solution entrevue s'il ne peut la justifier rationnellement dans une construction syllogistique *a posteriori*⁶, imposant une « *certaine façon de présenter le raisonnement et donc de motiver les décisions de justice* »⁷.

Les décisions où est réalisé un contrôle de proportionnalité, en revanche, ne produisent pas la même apparence de reproductibilité.

428. Apparente imprévisibilité de la proportionnalité La dose d'imprévisibilité présente dans tout jugement où un contrôle *in concreto* du respect de la hiérarchie des normes est réalisé est visible, à la différence du jugement s'arrêtant au syllogisme⁸. En effet, en raison du caractère factuel du contrôle de proportionnalité, les faits à même de changer l'issue du litige

¹ Bellet (Pierre), « Le juge et l'équité », *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9.

² Ghestin (Jacques), Barbier (Hugo) et Bergé (Jean-Sylvestre), *Traité de droit civil, Tome I, Introduction générale : Droit objectifs et droits subjectifs, Sources du droit*, 2018 (5^e édition), LGDJ, n°116.

³ Fabre-Magnan (Muriel) et Brunet (François), *Introduction générale au droit*, PUF, 2022 (2^e édition), n°33.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ghestin (Jacques), Barbier (Hugo) et Bergé (Jean-Sylvestre), *Traité de droit civil, Tome I, Introduction générale : Droit objectifs et droits subjectifs, Sources du droit*, 2018 (5^e édition), LGDJ, n°117.

⁷ Rouvière (Frédéric), « Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2021, p. 980.

⁸ Pour Monsieur Jamin, « *voilà pourquoi beaucoup de juristes français n'apprécient guère le principe de proportionnalité : parce qu'il est susceptible de laisser à voir beaucoup plus facilement qu'un arrêt de facture classique, syllogistique, la part d' "arbitraire décisionnel" du jugement* ». Jamin (Christophe), « Le principe de proportionnalité : une acclimatation difficile », in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, association droit et procédure, p. 13 et s.

ne sont pas limitativement énumérés par la norme appliquée¹. Au contraire, l'appréciation concrète implique que n'importe quel fait de la situation considérée soit à même d'influer sur l'issue du litige. En plus de cette absence de *numerus clausus* des faits pertinents, le caractère factuel implique également un rôle accru de l'argumentation des parties. Pour emporter la décision, il ne suffit plus d'invoquer un fait prévu par la loi, mais l'invocation d'un fait doit s'accompagner d'une argumentation indiquant au juge la manière dont il s'insère dans le litige. Les faits invoqués dans le contrôle de proportionnalité présentent une certaine ambivalence, pouvant bien souvent, avec une argumentation appropriée, être utilisés tant au soutien de la proportionnalité que de la disproportion.

Par exemple, la durée du mariage incestueux qui n'aurait jamais dû être célébré si une opposition avait été formée peut aussi bien être invoquée pour dire que l'annulation ne devrait pas être prononcée car il a duré trop longtemps, ou qu'elle peut encore l'être car sa durée est suffisamment faible, étant donné, que, hormis au moyen de règles de prescription, le droit n'a pas pour objet de répondre à la question de la durée que doit avoir une union illégale pour que le temps vienne en fixer le prononcé, pour autant qu'une telle durée existe. Il est, dès lors, difficile d'anticiper précisément l'effet qu'aura dans le raisonnement du juge l'invocation de tel ou tel fait.

Il ressort de tout cela que l'imprévisibilité du contrôle de proportionnalité est visible au grand jour, tandis que celle présente dans le raisonnement syllogistique est pudiquement voilée. Il peut cependant sembler que cette imprévisibilité ait plus à voir avec le nécessaire caractère factuel des questions posées au juge qu'avec la technique employée pour y répondre, comme semblait le dire le Rapporteur public Bretonneau². Autrement dit, la constatation du caractère perpétuel, dans la pensée sur le droit, de la crainte de l'imprévisibilité, alors que, dans une certaine mesure, celle-ci est nécessaire, laisse à penser que l'apparition du contrôle concret opère plus un dévoilement qu'une introduction de cette imprévisibilité.

¹ *Supra* n°77 et s.

² Dans l'affaire Gonzalez-Gomez, elle avertissait les conseillers que « dans ce combat contre les inconventionnalités difficilement saisissables, parce qu'elles tiennent à l'imprévisibilité des situations susceptibles de tomber sous le coup de la règle, vous avez le choix des armes, parmi lesquelles les réserves d'interprétation de facture souple nous semblent pour notre part les plus appropriées ». L'imprévisibilité était donc présentée comme inéluctable, malgré la proposition par la suite formulée d'un recours à une technique différant du contrôle de proportionnalité pour la traiter (Bretonneau (Aurélien), « Droits subjectifs contre interdit législatif, Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, n° 396848 », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 740).

2 : La persistance de la crainte de l'imprévisibilité

429. **Ancienneté de la crainte** Si l'imprévisibilité des décisions de justice est irréductible, étant toujours présente quoiqu'en degrés variables, elle a toujours été le support de craintes, le risque d'une trop grande imprévisibilité étant pointé de très longue date. Point n'est possible ou souhaitable, pour étayer cette affirmation, d'être exhaustif, tant les écrits sur les effets néfastes de l'imprévisibilité des décisions de justice sont légion.

Déjà à Rome, la loi des XII Tables trouverait son origine dans le désir des plébéiens de connaître les formules employées pour juger¹, alors que celles-ci leurs étaient inconnues², rendant l'issue de tout procès aléatoire. Bien plus tard, en 1796, Cambacérès, s'appuyant sur Montesquieu, soutenait devant le Conseil des Cinq-Cents que « *l'incertitude est un fléau* »³, la codification devant permettre de réduire celle-ci en facilitant l'anticipation des décisions de justice. Un siècle plus tard, la même opinion était émise par Demogue, qui relevait que le « *plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale est de savoir d'avance ce que les juges décideront* »⁴.

De nos jours, le désir de prévisibilité et d'anticipation continue de se manifester, étant par exemple relevé que « *cette prévisibilité est un élément essentiel du fonctionnement harmonieux des sociétés* »⁵. Cette attente semble d'ailleurs se matérialiser en un objet plus large et englobant, s'appliquant non seulement à la loi, mais aussi à la décision juridique et politique, qui érige la possibilité d'anticiper ses évolutions se cristallisant en une sorte de droit garanti. L'exigence de sécurité juridique constitue un prisme permettant d'apprécier une nouvelle décision de justice ou législation à l'aune de son insertion et de ses effets sur le système préexistant. Elle permet, dans une certaine mesure, de présenter comme désirable l'absence de changements apportés à un régime juridique, ou leur caractère limité. L'importance de la sécurité juridique est particulièrement visible dans le fait qu'elle est présentée comme un objectif y compris lorsqu'une branche du droit est réformée, la réforme ne servant plus uniquement à moderniser par le changement un domaine, mais aussi à consolider sa

¹ Villey (Michel), *Le droit romain*, PUF, 1945, p. 16.

² Leur connaissance était un privilège des patriciens, demeurant alors « *le secret des pontifes, seuls dépositaires des formulae indispensables pour obtenir justice* » (Bordet (Michel), *Précis d'histoire romaine*, Armand Colin, 2021, p. 47-48).

³ de Cambacérès (Jean-Jacques-Régis), « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification des lois », in Fenet (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, Paris, 1836, p. 174.

⁴ Demogue (René), *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Editions Arthur Rousseau, 1911, p. 98.

⁵ Coletta (Anaïs), *La prédiction judiciaire par les algorithmes*, Thèse de droit privé, Université de Nîmes, 2021, n°20.

construction en agençant de manière plus cohérente des solutions déjà établies, sans les modifier. Par exemple, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été élaborée avec ce souci, l'expression « *sécurité juridique* » étant mentionnée un total de 22 fois dans le rapport la présentant au Président de la République, semblant plus mise en avant que les diverses innovations de la réforme¹. Celle-ci y est d'ailleurs érigée en premier objectif assumé de l'ordonnance². Cette importance prise par la notion de sécurité juridique, qui comprend notamment le caractère prévisible des décisions de justice, explique beaucoup des craintes dont le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes fait l'objet.

430. **Renouvellement avec le contrôle concret** L'importance prise par la prévisibilité des décisions de justice et la sécurité juridique justifie qu'un outil nouveau, tel le contrôle dit de proportionnalité, soit notamment observé à travers ce prisme.

De ce point de vue, étant établi que le contrôle concret de la hiérarchie des normes, par son fonctionnement allant au-delà du syllogisme, révèle une dose d'imprévisibilité que des raisonnements plus encadrés masqueraient, il suscite une crainte des observateurs, amenés à percevoir cette manifestation de l'imprévisibilité non comme une révélation mais comme une apparition. Hauser exprime le désarroi qui pourra saisir les praticiens (et les justiciables) s'interrogeant sur l'application d'un délai de prescription désormais soumis au contrôle *in concreto*, étant donné qu'il faudra leur répondre que « “ça dépend” et les renvoyer à plusieurs années de procédure qui feront le plaisir de certains mais pas de tous »³. De même, il est soutenu que le contrôle « *rend illusoire la prévisibilité des décisions de justice, laquelle ne tient qu'à la certitude de l'application d'une loi à des faits* »⁴.

431. **Une crainte fondée** De fait, au-delà de la révélation d'une imprévisibilité préexistante, la crainte que le développement du contrôle de proportionnalité donne lieu à un accroissement de la difficulté d'anticiper les décisions de justice rendues à l'issue d'un tel contrôle ne peut être balayée. Bien au contraire, il est de l'essence de ce mécanisme d'entraîner une telle conséquence, étant donné qu'une étape supplémentaire survient à la suite du

¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

² « *La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve* ».

³ Hauser (Jean), « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 831.

⁴ Ghestin (Jacques), Barbier (Hugo) et Bergé (Jean-Sylvestre), *Traité de droit civil*, Tome I, *Introduction générale : Droit objectifs et droits subjectifs*, Sources du droit, 2018 (5^e édition), LGDJ, n°681.

sylogisme qui donnait auparavant le résultat. Cette étape supplémentaire ne serait que pure perte de temps si elle n'était pas à même de modifier potentiellement la solution du litige. Cependant, entre ce constat que « *la crainte d'instabilité et d'imprévisibilité de la jurisprudence que pourrait engendrer le contrôle de proportionnalité, (...) ne paraît pas totalement infondée* »¹ et celui de la réalisation de cette crainte, il y a un pas qu'il ne faut pas franchir trop rapidement. En effet, en réfléchissant posément sur cette peur de l'imprévisibilité, il apparaît qu'elle est affaire, lorsqu'il est question du recours au juge, de juste milieu plus que d'élimination, une certaine dose d'imprévisibilité étant souhaitable. Un juste milieu pourrait donc exister, encadrant l'imprévisibilité du contrôle concret pour que celle-ci se situe dans des proportions bénéfiques au système.

3 : La nécessité d'une dose d'imprévisibilité dans le procès

432. **Affirmation** Si l'inconfort et les dangers qu'occasionne l'imprévisibilité du processus judiciaire ont été largement pointés de tout temps, se rencontrent des points de vue plus nuancés. Bien qu'il ne se trouve personne pour avoir une vision uniquement positive de l'incertitude de l'instance, nombreux sont les auteurs à soutenir que l'aléa joue un rôle important dans le procès, et que chercher à le faire disparaître n'est ni possible ni opportun. Il est par exemple rappelé que « *saisir un juge, c'est mettre en place une sorte d'aventure procédurale que le plaideur ne maîtrise plus totalement* »², ce qui permet de constater que les justiciables, bien conscients de cet aléa, ne rechignent pas pour autant à ester. Leurs conseils jouent certainement un rôle dans cette appréhension de l'aléa par les justiciables, le Doyen Carbonnier rapportant que « *les lawyers de Londres portent chaque année un toast* »³ à l'incertitude, ce que pourraient faire leurs confrères de ce côté de la Manche. Le constat de la nécessité d'une part d'imprévisibilité est toujours formulé au XXI^e siècle, alors que le développement des algorithmes et de la justice prédictive permet à certains de faire miroiter la disparition de l'aléa. Monsieur Rottier, magistrat travaillant pour la Chancellerie au sein du projet *Open Justice*, pose que « *l'enjeu est de définir la part de prévisibilité nécessaire à la justice, et la part d'imprévisibilité qui lui est indispensable* »⁴.

¹ Égéa (Vincent), « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Droit de la famille*, LexisNexis, n°1, janvier 2019, dossier 6.

² Blondel (Philippe), entrée « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

³ Carbonnier (Jean), « La part du droit dans l'angoisse contemporaine » in Carbonnier (Jean), *Flexibles droits, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e Édition, LGDJ, 2001, p. 201 et s., spécialement p. 202.

⁴ Rottier (Edouard), « La justice prédictive et l'acte de juger : Quelle prévisibilité pour la justice ? », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 60, 2018, p. 189. L'auteur de détailler que « *L'exercice de la justice requiert*

Un équilibre entre prévisibilité et imprévisibilité est nécessaire. Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes venant affecter cet équilibre en faisant, dans une certaine mesure, pencher la balance du côté de l'imprévisibilité, invite, pour apprécier ses effets, à se pencher sur les raisons qui rendent l'imprévisibilité nécessaire.

433. Nécessité pour le droit

L'aléa judiciaire semble d'abord avoir une utilité s'agissant du droit, entendu comme l'ensemble de normes régissant la vie en société, que le juge est chargé d'appliquer lorsqu'il doit statuer sur un litige. En effet, ces normes qui composent le droit, quelle que soit la qualité de leur rédaction, comportent nécessairement une dose de flou, d'incertitude. Celle-ci ne peut être levée que par l'interprétation, qui trouve sa forme la plus importante dans l'acte de juger. Il est en effet établi, du moins pour les réalistes, que « *le texte doit toujours faire l'objet d'une interprétation et pas seulement s'il est obscur* »¹, faisant de son utilisation par le juge un passage obligé pour qu'un texte de loi puisse prendre son sens. Le fait qu'une loi n'ait pas subi cette étape va conduire les justiciables à soumettre leurs interprétations au juge afin que cet interprète autorisé tranche la question, permettant à la loi de s'éclaircir. Il est relevé que « *si le désaccord met en lumière une question de droit inédite, il est possible que chaque partie soit tentée d'éprouver la solidité de son argumentation devant le juge étatique, afin de combler ce vide jurisprudentiel* »².

Dans cette affirmation du lien entre incertitude et prise de sens de la règle de droit, il est cependant difficile de distinguer la causalité. Il pourrait légitimement être objecté que c'est l'incertitude du texte de loi qui fait de l'incertitude du juge un mal nécessaire pour la lever, faisant une bien mauvaise défense de l'aléa judiciaire. Toujours est-il que, dans cette vision, l'aléa de la décision du juge participe à la réduction de l'imprévisibilité dans le temps des décisions de justice. Il apparaît d'ailleurs que l'aléa est également, lorsqu'il est mesuré, une nécessité pour le recours au juge et plus généralement pour la Justice.

ainsi un équilibre entre le prévisible et une part d'imprévisible liée à la marge d'appréciation des faits, d'interprétation du droit, de qualification juridique des faits et d'application d'une règle au cas d'espèce dans ce qu'il a de plus spécifique ».

¹ Troper (Michel), « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista Opinião Juridica*, Unichristus, Fortaleza, n°8, 2006, p. 301 et s., spécialement p. 306.

² Bustin (Olivier), *Le juge en droit de la propriété intellectuelle, Étude sur l'influence de la prévisibilité des décisions de justice dans l'évitement du procès*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue à l'Université Paris II, 2010. L'auteur poursuit que « *en principe, la jurisprudence est censée éclairer le justiciable sur les conditions de l'application de la loi par le juge, et contribuer à réduire peu à peu le nombre d'actions en justice relative à l'application de cette même loi* », montrant que la jurisprudence permet de construire incrémentalement le sens d'un texte.

434. Nécessité pour le recours à la justice

L'existence d'une part

d'imprévisibilité de la décision de justice est requise pour que les parties saisissent le juge. En effet, l'absence d'aléa sur l'issue du procès rend cette « *aventure procédurale* »¹, qui comprend ses coûts, ses souffrances et ses pertes de temps, bien inutile. C'est au contraire parce que chaque partie pense pouvoir obtenir gain de cause à l'issue du processus de jugement qu'il en prend l'initiative ou s'y laisse entraîner, l'aléa se matérialisant ici au moins dans la différence de vue des parties sur l'issue probable du procès, étant présent y compris lorsque chacune est sûre de son bon droit.

À l'inverse, l'aléa est inexistant si les parties arrivent à la même conclusion sur l'issue probable du procès, leur permettant de se mettre d'accord pour produire le résultat probable en s'épargnant le recours au juge. L'absence d'aléa crée un terrain favorable pour l'évitement du procès par l'adoption d'une solution négociée, ce qui est très largement pointé par les auteurs. Il est par exemple relevé qu'il n'y a « *plus besoin pour le juge d'ouvrir la bouche, puisque l'on sait déjà ce qu'il va dire* »² ou encore que « *la connaissance de l'issue d'un procès peut les conduire [les parties] à ne pas ester en justice et à préférer des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL)* »³.

Un tel raisonnement n'est cependant pas exempt de critique, permettant de dire que la disparition de l'aléa ne suffirait probablement pas à éteindre l'utilité du recours au juge. Il postule en effet un haut degré de calcul par les justiciables de leur intérêt et d'utilisation rationnelle du résultat de ce calcul. De ce fait, il permet peut-être d'élaborer un modèle éclairant sur les dynamiques du système plus qu'il ne reflète la réalité, alors que le recours au juge est aussi affaire d'émotions et d'affects, mais aussi de volonté de faire progresser le droit sur une question ou d'être établi dans sa pleine condition de sujet de droit. Madame Deumier objecte dans ce sens qu'il est « *loin d'être certain que le ressort psychologique des justiciables, hors peut-être les acteurs institutionnels, tienne dans un calcul rationnel des gains espérés* »⁴. Il serait tout à fait hardi d'affirmer que, devant la certitude presque absolue que le juge lui donnera tort, un justiciable intimement convaincu qu'il est victime d'une injustice renonce à demander justice.

De manière plus prosaïque, l'argument selon lequel la faiblesse de l'aléa encourage les parties

¹ Blondel (Philippe), entrée « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

² Dondero (Bruno), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 532.

³ Coletta (Anaïs), *La prédiction judiciaire par les algorithmes*, Thèse de droit privé, Université de Nîmes, 2021, n°20.

⁴ Deumier (Pascale), « La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 60, 2018, p. 49.

à transiger ne peut pas être utilisé *a contrario* pour affirmer que le haut degré d'aléa serait toujours une invitation à saisir le juge. Un aléa important fait peser sur chaque partie un risque sérieux et difficile à évaluer en cas de défaite, pouvant également les mettre dans des dispositions favorables à la négociation, faisant que « *l'issue aléatoire d'un procès est susceptible de constituer une concession réciproque dans le cadre de la transaction* »¹. De la même manière que le recours au juge nécessite une certaine dose d'aléa, la poursuite de la Justice requiert également que les jugements ne soient pas parfaitement prévisibles.

435. **Nécessité pour la Justice**

Lorsqu'est considérée la Justice comme une vertu, et non comme l'institution étatique chargée de dire le droit, pour peu que la seconde tende à atteindre la première, la nécessité d'une balance entre prévisibilité et imprévisibilité apparaît clairement. En effet, une parfaite prévisibilité de la décision judiciaire aurait pour conséquence que les acteurs de la vie civile et économique pourraient prévoir les conséquences de leur comportement avec certitude. Il serait par conséquent aisé d'évaluer les conséquences du non-respect d'une norme, et d'inclure ces conséquences dans le bilan coût-avantage effectué avant la possible violation. Cela ouvrirait la porte à la faute lucrative, et, plus généralement, ferait du respect de la loi une simple possibilité à apprécier en toute opportunité, réduisant comme une peau de chagrin sa fonction prophylactique et sa vocation à régir la vie en société. Le danger est pointé concernant « *le droit pénal ou le droit fiscal, qui devraient rester à l'abri de stratégies résultant d'une analyse coût-avantage* »², dans un raisonnement qui semble parfaitement transposable à toutes les branches du droit.

Au-delà de cette question précise, il a été pointé qu'une « *justice totalement prévisible dans son application, automatique, n'est plus juste, ce qu'a notamment pu exprimer l'adage *summus ius, summa injuria* [sic]* »³. En effet, une justice qui appliquerait la loi de manière invariable et déterministe, pour autant que cela soit possible, ne pourrait que conduire à des décisions mal adaptées à la situation précise à laquelle la loi s'applique, montrant tout l'intérêt du contrôle dit de proportionnalité, qui permet de traiter ces situations sans évincer le droit écrit du raisonnement.

¹ Deirmendjian (Élisabeth), *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Thèse de droit privé, Université du Sud Toulon-Var, 2012, n°193.

² Buat-Ménard (Eloi), « La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes — l'expérience française », *Les cahiers de la justice*, Dalloz, 2019, p. 269.

³ Rottier (Edouard), « La justice prédictive et l'acte de juger : Quelle prévisibilité pour la justice ? », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 60, 2018, p. 189.

436. **Rôle du contrôle concret : apocalypse salutaire**

L'aléa judiciaire, qui est la manifestation de l'absence de prévisibilité parfaite de l'issue du procès, est une affaire de mesure, de proportion. Un aléa trop important est insupportable, ne permettant pas aux acteurs d'adopter un comportement rationnel et ouvrant la porte à un arbitraire incontrôlable du juge, tandis qu'un aléa absent ne permet pas au droit de poursuivre le juste. L'apparition et le développement du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes viennent s'insérer dans cette complexe équation, constituant une nouvelle variable à même d'en affecter le résultat.

Cette apparition dans le système juridique français ne marque aucunement le début de l'imprévisibilité des décisions judiciaires, mais seulement sa révélation. Dans ce sens, l'apocalypse redoutée par certains ne se rencontre qu'à condition de considérer le sens étymologique ou biblique de ce mot, équivalent à une révélation, et non son sens contemporain. Les effets du contrôle concret sur l'imprévisibilité sont de ce fait ici perçus positivement, celui-ci venant lever le voile sur un élément redouté mais nécessaire, et présent de tout temps¹.

Par ce dévoilement, le contrôle concret offre l'opportunité de considérer l'imprévisibilité à sa juste valeur, refusant l'hypocrisie consistant à nier qu'elle est consubstantielle à l'acte de juger, tout en permettant de combattre le relativisme qui s'accommoderait d'une trop forte imprévisibilité au motif qu'elle ne peut être éliminée. Rendue visible, l'imprévisibilité n'est plus le tabou manifestant les limites du syllogisme et le caractère plus ou moins fictif de son aptitude à réellement donner la solution du litige, mais devient un élément du recours au juge et du déroulement de l'instance pouvant être appréhendé de manière dépassionnée.

¹ L'argumentation contraire serait audible. On pourrait en effet soutenir que l'imprévisibilité, quoique présente de manière irréductible dans toute décision de justice, ne devrait pas être révélée afin de préserver l'apparence d'un système parfaitement rationnel, positiviste, scientifique. Un tel propos n'a cependant pas été rencontré concernant le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, les commentateurs se répartissant schématiquement entre ceux qui considèrent que le contrôle vient introduire une imprévisibilité nouvelle là où le syllogisme était prévisible, et ceux qui soulignent les défauts de la prévisibilité du raisonnement se clôturant par un syllogisme judiciaire, tous se rejoignant pour dire que l'imprévisibilité induite par le contrôle concret doit demeurer dans des proportions mesurées.

On rencontre seulement, sur cette question, Monsieur Bégin, qui s'interroge sur la « contextualisation » des droits de l'Homme, qui revient à les examiner en étant « sensible à une diversité d'intérêts et de valeurs » (il ne se confond donc pas avec l'objet de notre étude, quoique les deux traitent de la manière dont les droits fondamentaux sont rendus effectifs par le juge). L'auteur relève d'abord que ces pratiques de contextualisation « ont l'avantage non négligeable de tirer un trait définitif sur le mythe du sens littéral des normes juridiques : le juge ne peut plus masquer son engagement intellectuel personnel derrière des prétentions d'objectivité donnant libre cours, dans les faits, à des prémisses interprétatives cachées », avant de s'interroger : « il est toutefois possible qu'il faille payer un certain prix pour cette transformation de la fonction de juger. À un arbitraire décisionnel masqué risque en effet de succéder une autre forme d'arbitraire décisionnel, d'autant plus fragilisant pour l'institution du droit qu'il se donne à voir plus aisément » (Bégin (Luc), *L'internationalisation des droits de l'homme et le défi de la "contextualisation"*», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles, 2004, vol. 53, p. 63).

L'imprévisibilité, dont la mesure peut être prise grâce au contrôle de proportionnalité, serait mise au service des droits fondamentaux des justiciables.

Pour que le contrôle de proportionnalité ne soit pas perçu comme un avatar du gouvernement des juges¹, il faut que le dévoilement de l'imprévisibilité qu'il opère, permettant une meilleure compréhension de l'aléa, soit mis à profit pour l'encadrer et le placer à son juste niveau.

B : L'encadrement de l'imprévisibilité

437. **Le dévoilement permet l'encadrement** L'imprévisibilité, qui est de l'essence de la juridiction, est dévoilée au grand jour lorsqu'un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est réalisé. Rendue visible, elle peut être quantifiée, et ses effets appréciés. Le contrôle de proportionnalité rend par conséquent possible un encadrement de l'imprévisibilité. Quoique ce constat soit valable de manière générale dans le temps, les modalités de l'encadrement peuvent toujours évoluer et s'adapter aux attentes. Une méthode de l'encadrement est possible (1), permettant d'en envisager les effets (2). Il faut la confronter avec l'encadrement actuel, qui doit être amélioré (3).

1 : La méthode de l'encadrement

438. **Nécessité** « *La question de savoir si le contrôle concret de la loi porte atteinte à la sécurité juridique est fonction de l'usage qu'en feront les juges* »². En effet, c'est par la manière dont les juges saisis d'un moyen d'inconventionnalité concrète pratiqueront le contrôle que se déterminera le niveau et les modalités de l'imprévisibilité révélée et occasionnée par ce nouvel outil.

Dans cette optique, il eut été tout à fait dommageable de laisser le contrôle se développer de manière anarchique, sans guider les juges du fond chargés en premier lieu de le réaliser³. Un tel choix, ou une telle absence de choix, eut conduit à une majoration sans doute intolérable de l'aléa judiciaire, étant donné que chaque juge aurait été libre de développer sa propre méthode de contrôle concret, laissant les avocats démunis dans l'élaboration de leur argumentation et compliquant le contrôle des cours d'appel et de la Cour de cassation.

¹ Le Professeur Gautier manifeste notamment cette crainte : « *La Cour de cassation fait application de la prescription dans telle affaire, mais l'écarte dans telle autre, sur quels critères ? (...) En vérité, on n'en a pas idée, et c'est là le problème majeur de la balance des intérêts : la casuistique judiciaire, tel est un des effets pervers du gouvernement des juges* » (Gautier (Pierre-Yves), « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55).

² Bonnet (Julien) et Roblot-Troizier (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821.

³ *Supra* n°413.

439. **Modalité retenue** Toute autre est la possibilité d'opter pour un encadrement technique du contrôle. Le caractère factuel de ce type de raisonnement faisant qu'il semble impossible de chasser l'aléa qui existe quant à son issue sans le dénaturer et lui faire perdre toute utilité, il paraît en revanche possible d'en déterminer précisément le déroulement. Les étapes du contrôle, et leur contenu, seraient ici connus à l'avance, permettant de fixer le cadre argumentatif des parties et de guider le raisonnement du juge.

C'est le chemin suivi par la Cour de cassation, avec l'élaboration de son mémento¹. Cet opuscule, en présentant des trames de jugement, repose sur le postulat que les juges doivent être guidés dans leur réalisation du contrôle concret, et vise à leur fournir un tel guide. Avant de voir de manière pratique dans quelle mesure le dispositif actuel d'encadrement mis en place par la Cour est satisfaisant, il faut constater les effets positifs que peut produire le recours à cette technique.

2 : Les effets de l'encadrement

440. **Effet sur l'affaire : du point de vue des parties** L'encadrement technique du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, qui fixe un cadre procédural pour la réalisation du contrôle, semble à même de produire un double effet lorsqu'est prise en considération une affaire ou instance particulière.

D'abord, les préconisations du dispositif d'encadrement technique, que tous les juges judiciaires réalisant un contrôle sont appelés à respecter, sont accessibles publiquement et connues de tous. Les conseils des justiciables sollicitant un tel contrôle seront donc à même de se faire une idée assez précise de la manière dont le juge appréhendera leur demande, des étapes qu'il suivra pour la traiter. De ce fait, la construction de l'argumentation, et de l'*instrumentum* des écritures qui en est le support, sera spécialement élaborée pour résonner avec le cheminement que le juge suivra. De plus, la connaissance des trames de jugement permettra aux conseils d'avoir une représentation assez précise de la forme que prendra la réponse à leur question, quoique son fond demeure plus difficilement prévisible. Cette possibilité d'anticiper les deux issues de l'alternative que sont le jugement de proportion ou de disproportion facilitera l'élaboration d'une stratégie procédurale, à l'heure où la pratique de l'appel est de plus en plus

¹ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018.

délicate¹.

441. **Effet sur l'affaire : du point de vue du juge** Ensuite, l'encadrement technique du contrôle agit directement sur le raisonnement que tiendra le juge. Si la technique ne saurait dicter le résultat obtenu, présentant une certaine neutralité à son égard, elle vient limiter le spectre des résultats envisageables. En effet, l'encadrement, en indiquant au juge comment il lui faut justifier le résultat obtenu, limite les résultats envisageables à ceux qui peuvent être justifiés. Autrement dit, sans aucunement commander le résultat, étant entendu que « *le point de basculement de la proportion à la disproportion conservera sa part irréductible de mystère* »², les trames de rédaction rendent certains résultats impossibles à présenter rationnellement dans le cadre argumentatif prescrit, en faisant des absurdités qui ne peuvent être soutenues sans que le jugement sorte du cadre de la présentation rationnelle. Les décisions possibles sont limitées par un cadre qui évite que des résultats aberrants puissent sortir du processus de réflexion et de rédaction. Il s'ensuit un effet plus global, lorsqu'est considérée la masse des instances où sera réalisé un contrôle concret.

442. **Effet sur les affaires** L'encadrement technique du contrôle de proportionnalité, en incitant les magistrats réalisant un contrôle à présenter leur raisonnement sous une forme standardisée, a un effet d'uniformisation. En effet, étant donné que tous les juges de tous les tribunaux judiciaires et que tous les conseillers de toutes les cours d'appel auront le même modèle, la diversité dans la technique de réalisation du contrôle sera limitée, réduisant l'apparition de pratiques locales. L'existence et la connaissance des trames de jugement permettront donc à tous les jugements où est réalisé un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes de présenter une apparente similitude. S'ensuit une sorte de normalisation du contrôle, une banalisation. Sans qu'il soit nécessaire que le recours au contrôle soit très courant, et sans que le résultat d'un contrôle précis soit pour autant déterminable, la manière dont est réalisé un contrôle sera envisageable à l'avance, et celui-ci ne sera plus un motif de surprise.

Si l'encadrement procédural n'est pas à même de faire disparaître ni même significativement baisser au-delà de la limitation des aberrations la micro-imprévisibilité d'un contrôle factuel

¹ Amrani-Mekki (Soraya), « L'appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? À propos du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°23, p. 659.

² Deumier (Pascale), « L'exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l'esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575.

par essence, il permet bel et bien de minorer la macro-imprévisibilité, entraînant une standardisation de la présentation du contrôle. Il faut cependant, pour cela, que le dispositif d'encadrement technique soit conçu sur des bases solides et accessibles, afin que les juges puissent se l'approprier.

3 : *La perfectibilité de l'encadrement contemporain*

443. **Genèse du mémento** Pour apprécier l'encadrement du contrôle de proportionnalité mis en place par la Cour de cassation, il faut garder à l'esprit l'origine de ce travail.

Tout commence le 19 septembre 2014, par une lettre de mission adressée par le Premier Président Louvel au Président Jean, directeur du Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation. Celle-ci constate que la Cour est « *confrontée à l'influence de nouveaux facteurs, susceptibles de limiter l'autorité de ses arrêts* », citant notamment « *l'émergence des cours européennes* » dont les décisions mêlent « *le droit et le fait* »¹. Le Président Jean est par conséquent chargé de constituer un groupe de travail afin de réfléchir sur ces vastes évolutions affectant la Cour, un rapport devant être rendu le 31 décembre 2015. Le *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation* d'avril 2017 est le fruit de cette réflexion au très large spectre, incluant notamment le traitement différencié des pourvois et leur filtrage, la motivation des arrêts de la Cour ou les rôles des acteurs de la procédure.

Parmi ces différentes thématiques se trouve un chapitre sur « *la construction progressive d'une doctrine du contrôle de proportionnalité* »². Celui-ci se livre à une brève définition du contrôle, soulignant la pluralité d'objets désignés de cette manière, puis à un bilan des arrêts rendus sur le sujet par la Cour. Il en conclut à l'existence d'un besoin d'« *harmoniser la méthode et la jurisprudence des chambres* »³ sur le sujet. De manière pratique, cela doit se faire par l'application de la « *note méthodologique intégrée au présent rapport élaborée dans le cadre de la commission de réflexion et harmoniser les pratiques des chambres quant à l'exercice de ce contrôle, tant sur la méthode que sur le fond* »⁴. Cette note ne figurant pas aux annexes du rapport, il semble que la proposition fasse référence au *Mémento du contrôle de*

¹ Louvel (Bertrand), *Lettre de mission*, 19 septembre 2014, reproduit dans le *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Avril 2017, disponible sur le site internet de la Cour.

² *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Avril 2017, disponible sur le site internet de la Cour, p.158 et s.

³ Rapport précité, p.166.

⁴ Rapport précité, proposition n°36.

conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de décembre 2018¹.

444. **Contenu du mémento** Le mémento, dans une partie générale d'une vingtaine de pages, se livre à quelques rappels méthodologiques sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, et distingue les contrôles abstraits et concrets². Il présente ensuite les rôles respectifs des juges du fond, à qui il incombe de répondre au moyen d'inconventionnalité quand il est soulevé devant eux, et de la Cour de cassation, dont le contrôle doit « *porter sur des normes, et non des faits* »³. Enfin, le mémento détaille les « *différentes étapes du contrôle* » en présentant « *quelques propositions de rédaction* »⁴ sous forme de trame.

La première étape consiste en « *l'applicabilité du droit invoqué* ». Il s'agit ici de vérifier si le droit garanti par la Convention et invoqué par une partie comme devant fonder un contrôle de proportionnalité l'est utilement, ou s'il n'est invoqué que de manière fantaisiste, pour susciter un contrôle hors de propos.

La deuxième étape visée par le mémento requiert de vérifier si le droit dont l'applicabilité a précédemment été démontrée a fait l'objet d'une ingérence.

L'ingérence établie, encore faut-il s'assurer qu'elle possède une base légale, ce qui fait l'objet de la troisième étape envisagée par le mémento. En effet, il n'y aurait pas lieu de cautionner une ingérence dans un droit ou une liberté garantie qui n'aurait pas de fondement. Le Mémento précise toutefois que la base légale doit être largement entendue, recouvrant tout type de texte ou de jurisprudence constante, pour peu que cette base soit « *suffisamment accessible, précise et prévisible* »⁵.

Après cela, il incombe au juge de vérifier la légitimité du but poursuivi. Le Mémento précise qu'il « *ne s'agit pas pour le juge d'apprécier la légitimité du but poursuivi par le législateur* »⁶ mais de rechercher si la disposition réalisant une ingérence poursuit l'un des buts visés par la Convention ou la jurisprudence strasbourgeoise⁷. Sans doute cela fait-il référence aux droits de

¹ *Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018.

² Qu'il nomme « *contrôle de conventionnalité de la règle de droit elle-même* » et « *contrôle de conventionalité de l'application de la règle* » (Mémento, p.7 et 8).

³ Mémento précité, p.11.

⁴ Mémento précité, p.15.

⁵ Mémento précité, p.16.

⁶ Mémento précité, p.17.

⁷ Le mémento de citer à titre d'exemple en paragraphe n° 79 « *la protection des droits et libertés d'autrui, celle de la santé publique et de l'environnement, la recherche de la sécurité des personnes et des biens, la satisfaction de*

la convention dits à clause d'ordre public où le premier paragraphe affirme le droit lorsque le second indique dans quels buts il peut y être dérogé¹, le renvoi à la jurisprudence de la Cour européenne concernant particulièrement les droits ne comportant pas de clause d'ordre public².

Enfin, en cinquième et dernière étape, le Mémento vise le « *contrôle de proportionnalité proprement dit* ». Il assume ici l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, visant son vocabulaire pour définir cette étape où il convient de vérifier que l'ingérence répond à une « *nécessité dans un État démocratique* ». Le Mémento ouvre alors une option entre un contrôle étendu et un contrôle restreint. Si est alléguée la violation d'un droit garanti par les articles 8 à 11 de la Convention, il y a lieu de s'assurer que la mesure est adéquate vis-à-vis de l'objectif poursuivi, nécessaire au regard du but poursuivi, et enfin « *proportionnée au sens strict* », ce qui revient à « *vérifier que la mesure considérée n'impose pas à la personne concernée des charges démesurées par rapport au résultat recherché* »³. À l'inverse, si un autre droit est invoqué, seul ce dernier contrôle au sens strict est effectué.

Cette systématisation doit être saluée dans son principe. Toutefois, des questionnements demeurent, dessinant des pistes d'amélioration afin d'en parfaire la cohérence et d'en améliorer l'adoption. Celle-ci est particulièrement à propos après plusieurs années d'utilisation du mémento, quoique celui-ci demeure cité dans les travaux les plus récents de la Cour de cassation sur la motivation enrichie⁴.

445. Questionnements quant au juge concerné

Il faut d'abord constater une différence entre le périmètre initialement envisagé dans le Rapport de 2017⁵, issu d'une lettre de mission du Premier Président portant seulement sur la réforme de la Cour de cassation, et le Mémento qui en découle en 2018. Si le rapport se place bien dans un contexte global en posant que « *l'évolution de la motivation des arrêts de la Cour de cassation ne doit pas être séparée de celle des décisions des juridictions du fond* »⁶, il n'a pour objet que la réforme de la Cour de cassation. Plus précisément, il mentionne l'élaboration progressive d'une « *doctrine de la*

l'intérêt général et l'utilité publique, les conditions d'accès à la justice, le bon fonctionnement de l'institution judiciaire, l'équité du procès et le droit au jugement rendu dans un délai raisonnable ».

¹ C'est le cas des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

² Ces droits ne sont pas pour autant tous indérogeables, comme l'illustre l'article 6 garantissant le droit à un procès équitable.

³ Mémento précité, p.19.

⁴ *Motivation enrichie : Guide de rédaction*, Document issu d'un groupe de travail présidé par la Présidente Martinel, publié en septembre 2023 sur le site internet de la Cour, p. 38.

⁵ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Avril 2017, disponible sur le site internet de la Cour.

⁶ Rapport précité, p.150.

proportionnalité de la Cour de cassation »¹.

Le Mémento, à l'inverse, s'adresse à tous les degrés de juridiction. Il retient que l'application des droits fondamentaux « *incombe à tout juge, quel que soit le degré de juridiction* »², et en déduit que « *il ne devrait pas y avoir de différence fondamentale entre les décisions des juges du fond et celles de la Cour de cassation* », proposant une trame à l'usage de l'un comme de l'autre³.

Ces remarques peuvent paraître triviales : il n'est pas ici question de remettre en doute l'intérêt de l'élaboration de trames à l'usage des juges du fond. Il faudrait dès lors se réjouir que le mémento s'y attelle. Cependant, nonobstant la qualité du travail réalisé, l'existence d'un flou sur son périmètre est en elle-même de nature à mettre en péril les effets attendus. Il peut être étonnant de constater que c'est une Commission composée pour réfléchir à la réforme de la Cour de cassation qui a formulé la proposition méthodologique faite aux cours d'appel et aux tribunaux judiciaires. Cela peut en effet susciter des interrogations quant à la manière dont la Commission d'élaboration du Mémento a pris en compte les différences d'office entre la Cour de cassation et le juge du fond même s'il est vrai que les conseillers ont exercé devant les juridictions de fond. Il est possible que la réflexion ait été menée en ayant principalement à l'esprit le rôle de la Cour, avant d'être étendue aux juridictions du fond une fois le constat de la nécessité d'une harmonisation méthodologique fait.

Cette crainte est corroborée par l'affirmation du Mémento que le contrôle pratiqué devant le juge du fond et la Cour ne devrait pas substantiellement différer, alors que la différence d'office entre ces deux juges est établie concernant le contrôle de proportionnalité, et rappelée avec clarté tant par le Rapport⁴ que par le Mémento⁵. L'affirmation d'une différence de rôle ne rend-elle pas nécessairement impossible l'identité de méthode ? Le mémento gagnerait à expliciter ce point.

¹ Rapport précité, proposition n°36.

² Mémento précité, p.9.

³ Mémento précité, p.15.

⁴ Rapport précité, p.167 à 170. Il est notamment relevé que « *si, alors que les juges du fond ont effectué un contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation rejette le pourvoi après avoir opéré un contrôle lourd ou casse la décision attaquée pour violation de la loi en substituant sa propre appréciation, elle abandonne temporairement son rôle de juge du droit* ». La solution proposée est que la Cour se limite à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

⁵ Celui-ci relève (paragraphe n°62 et 63), que « *dans de nombreuses hypothèses, la balance des intérêts confrontés dépend très étroitement, sinon exclusivement, de circonstances de pur fait, que seuls les juges du fond sont en mesure d'apprécier* » et en conclut que « *dans ce type de situations, le contrôle de la Cour ne peut guère porter que sur l'existence d'une motivation suffisante des décisions attaquées* ».

446. Questionnements quant à l'objet

Au-delà de la définition perfectible

des juges visés par le Mémento, son objet interroge également.

Là où le rapport fait clairement référence au besoin d'une « doctrine du contrôle de proportionnalité »¹, le titre du Mémento indique qu'il s'intéresse au contrôle de conventionnalité. La lecture de l'opuscule indique cependant sans équivoque que celui-ci traite bien du contrôle dit de proportionnalité, utilisant le syntagme à de très nombreuses reprises. Il est toutefois regrettable que l'intitulé du Mémento ne fasse pas plus clairement référence à la technique employée pour contrôler la conventionnalité, comme le Rapport l'y invitait. Il est également regrettable que le Mémento se focalise sur la conventionnalité au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme alors que le contrôle de conventionnalité, qu'il relève ou non du contrôle concret, n'est pas épuisé par cette convention. Si le choix de cette restriction s'explique certainement par le fait que la Convention européenne est le premier terrain d'élection du contrôle *in concreto* en raison de ses larges garanties et de sa bonne réception par le juge judiciaire², elle vient restreindre la portée d'un travail utile au-delà de ce texte.

Par ailleurs, il faut relever que la proportionnalité, dont traite le Mémento sans la nommer dans son titre, est un objet flou et mal défini. Là où le rapport prenait soin de dire que « l'expression "contrôle de proportionnalité" peut être trompeuse en ce qu'elle recouvre des réalités différentes »³, détaillant avec pédagogie ces réalités distinctes, le Mémento semble malheureusement céder à une confusion trop répandue⁴. Il indique en effet que les trames proposées sont utiles tant pour « effectuer un contrôle de conventionalité de la norme et/ou de son application dans les circonstances de l'espèce » que « lorsqu'entrent en conflit deux droits fondamentaux concurrents »⁵. La trame proposée serait applicable tant pour réaliser un contrôle de conventionnalité abstrait ou concret d'une disposition légale que pour opérer la mise en balance de deux droits fondamentaux de même valeur. Il est tout à fait questionnable que des outils permettant de réaliser des opérations intellectuelles si différentes⁶ puissent être motivés au moyen de la même trame. Il est par conséquent à craindre que ces trames soient ou bien suffisamment larges pour embrasser ces différents outils, et par conséquent trop larges pour préciser véritablement leur motivation, ou encore ne s'appliquent de manière convaincante qu'à

¹ Rapport précité, proposition n°36.

² Voir n°254.

³ Rapport précité, p.158.

⁴ Voir *supra* n°51.

⁵ Mémento précité, p.15.

⁶ Sur la distinction de ces différents objets appelés contrôle de proportionnalité, voir *supra* n°48 et s.

un type de contrôle, l'invocation de leur polyvalence provenant d'une compréhension perfectible des différences de nature entre les outils visés¹.

447. **Questionnements quant au contenu**

Le Mémento est encore critiquable quant à son contenu. D'abord, il faut relever que les étapes de la trame² sont largement inspirées du contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le Mémento n'explicite pas cette parenté, n'expliquant rien de la démarche ayant conduit à l'élaboration de la trame. Le Rapport fournit en revanche quelques indications sur le sujet. Il indique en effet que « *il a été indiqué qu'il n'y avait aucune raison de ne pas faire apparaître dans les arrêts de la Cour de cassation les étapes du contrôle telles que décrites par M. Potocki* »³, faisant référence à une intervention orale du Juge Potocki, qui siégeait alors à la Cour européenne. Une telle absence de motivation de la reprise de la technique du contrôle strasbourgeoise interroge, alors que la Cour européenne reconnaît une large liberté méthodologique aux juges nationaux⁴, surtout dans un rapport ayant pour objet d'affirmer la place de la Cour de cassation face à la concurrence d'autres juridictions, au premier rang desquelles la Cour européenne.

Enfin, le contenu du Mémento est encore questionnable quant à sa cohérence interne. En effet, le cœur du document présente une unique trame (avec des alternatives selon les résultats obtenus à chaque étape), tandis que des annexes existent pour différents articles de la Convention européenne et de son premier protocole, présentant chacune des trames distinctes⁵. Il est vrai que ces trames spécifiques ne diffèrent pas clairement de la trame générale du Mémento. Le message global n'en est pas moins troublé. À quelle trame le juge réalisant un contrôle doit-il se référer ? Faut-il comprendre que la trame générale ne s'applique qu'en l'absence de trames spéciales, la trame spéciale dérogeant à la trame générale ? Ce n'est écrit nulle part, et le positionnement des trames spéciales dans des annexes ne plaide pas en faveur de cette interprétation, semblant leur donner une importance moindre. Pour mettre en place un encadrement opératoire du contrôle dit de proportionnalité, il faut grandement simplifier les

¹ Un auteur relevait déjà qu'il « *n'est pas sûr que les magistrats de la Cour de cassation eux-mêmes soient parfaitement au clair en raison du flou et de l'ambiguïté qui entoure la conceptualisation d'un tel type de contrôle* » (Rouvière (Frédéric), « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 75 et s.).

² Rappelées *supra* n°444.

³ Rapport précité, p.167.

⁴ Sur laquelle voir *supra* n°182 et s..

⁵ Par exemple une trame spécifique à l'invocation de l'article 6-1 (Mémento, p.40), ou à l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel (Mémento, p.120).

choses¹. Pour cela, il faut bâtir sur le memento existant afin de l'améliorer, prenant en compte les quelques années d'application de cet outil.

448. **Nécessité d'un *vademecum* du contrôle à l'usage des juges du fond** Les nombreuses questions posées par le Memento rendent difficile d'imaginer qu'il puisse véritablement être utile aux juges du fond, et produire les effets bénéfiques de l'encadrement. De fait, un récent mémoire réalisant une analyse exhaustive des arrêts d'appel réalisant un contrôle de proportionnalité au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme² en conclut que l'utilisation des trames proposées par le memento aux juges du fond est très relative³, révélant un différentiel très important entre l'appréhension de l'outil par les conseillers d'appel et ceux de la Cour de cassation⁴ (en l'absence de données sur le sujet rien n'indique que le constat soit différent devant les juges de première instance). Une simplification est nécessaire et possible pour améliorer l'effectivité du travail d'encadrement et de standardisation réalisé par les auteurs du memento.

Il est souhaitable que le *vademecum* du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes prenne la forme d'un document court et accessible, afin que les conseillers d'appel et juges des tribunaux judiciaires confrontés à un moyen sollicitant un contrôle concret puissent se

¹ L'affirmation de Madame Ducoulombier selon laquelle « *s'il faut saluer la volonté de la Cour de cassation de systématiser l'analyse du contrôle de conventionnalité afin de construire une doctrine propre de la proportionnalité, le rapport reste toutefois à la surface des choses et plusieurs questions importantes, dont celle de l'intensité du contrôle du juge de cassation, demandent à être précisées* » faite avant la publication du Memento demeure largement valable postérieurement. Ducoulombier (Peggy), « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 1778.

² Martin (Marie), *La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par les juridictions du fond au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Mémoire de recherche réalisé au sein du Master 2 Droit privé fondamental de l'Université Paris-Nanterre, 2023. Ce travail de recherche, réalisé au moyen d'un accès aux bases de données de la Cour de cassation durant un stage au Service de documentation, des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation, porte sur 500 décisions de cours d'appel. Plus précisément, ont été recherchées toutes les décisions rendues entre le 1^{er} janvier 2019 et le 1^{er} janvier 2023 au visa de l'article 8 de la Convention, à l'exclusion de celles rendues en matière de droit des étrangers. Sur les 614 décisions restantes, la totalité de celles rendues en 2021 et 2022 a été étudiée, seule une sélection de celles rendues les deux années précédentes étant traitée. En résulte un tableau catégorisant le type de contrôle effectué et s'intéressant avec précision à la méthode employée, panorama unique de la réalité récente du contrôle au visa de l'article 8 réalisé par les juges du fond.

³ Madame Martin relève notamment que « *certains arrêts témoignent encore de difficultés d'appréhension de la méthodologie de ce contrôle* » (n°121), « *la complexité du contrôle de proportionnalité à effectuer, a mené certaines cours d'appel à le négliger* » (n°130), « *de trop nombreuses décisions restent encore aujourd'hui dénuées d'une motivation précise et circonstanciées* » (n°145) ou encore que « *toutes les décisions ne comportent pas une vérification de tous les critères (...), de nombreux arrêts ont été identifiés comme réalisant un contrôle de proportionnalité incomplet* » (n°152). Plus précisément, sur le corpus étudié, « *seuls 21 arrêts effectuant un contrôle complet ont été recensés, soit environ 5% des arrêts étudiés* » (n°204).

⁴ Pour Madame Martin, « *très peu d'arrêts reprennent en effet la méthodologie exacte telle qu'elle a été édifiée. Les formules et les exemples de rédaction qui ont été intégrés ne font également l'objet d'aucune application. Si la technique du contrôle de proportionnalité est en effet ancrée dans les esprits des professionnels de la Cour de cassation, un contraste assez important est observé lorsque l'on étudie l'application qui en est réellement faite sur le territoire. C'est parfois à croire que certains juges du fond n'y auraient jamais eu accès* » (n°205).

l'approprier rapidement. Par conséquent, il serait inopportun qu'un unique document fournisse la méthode du contrôle et celle du « *contrôle du contrôle* »¹ opéré par la Cour de cassation. Ce sont là deux opérations distinctes qu'il n'y a pas lieu de confondre.

De même, l'objet du *vademecum* doit être resserré au seul contrôle *in concreto* du respect de la hiérarchie des normes, distinct des autres contrôles également désignés comme relevant de la proportionnalité. Si la mise en balance entre deux droits fondamentaux a besoin de précisions méthodologiques, cela ne peut avoir lieu qu'au moyen de trames distinctes du contrôle concret, préférablement dans un autre document, afin de ne pas entretenir la confusion entre ces outils. Seulement le *vademecum* doit-il préciser la manière dont le contrôle concret s'articule avec le contrôle abstrait², maîtrisé par le juge judiciaire de longue date.

La technique de ce contrôle concret doit être présentée dans une unique trame applicable à tous les droits garantis, qu'ils proviennent ou non de la Convention européenne. En effet, l'outil qu'est le contrôle concret est utilisable dans toutes les situations où le juge doit vérifier que l'application *in casu* d'une règle de droit ne produit pas un résultat contraire à une norme supérieure. La prise en compte des enjeux relatifs aux différentes règles ne modifie pas la technique du contrôle, mais seulement son appréciation et son résultat.

Ces quelques éléments rendraient possible l'élaboration d'un *vademecum* du contrôle concret à même de permettre une compréhension aisée de l'outil par tous les acteurs du procès, et, ce faisant, de rationaliser sa pratique. Il est souhaitable que cette méthodologie soit élaborée non seulement par des conseillers à la Cour de cassation, au fait de la manière dont les décisions du juge du fond seront contrôlées, mais aussi par des juges du fond et des avocats, appelés à utiliser le *vademecum* au quotidien ; ainsi que par des chercheurs ayant interrogé les implications de cette pratique judiciaire. Enfin, il serait bon que le *vademecum* présente brièvement la méthodologie et les influences retenues dans son élaboration.

449. Pistes sur le contenu du *vademecum* quant à la réalisation du contrôle Ces quelques propos montrent que, malgré la qualité du travail déjà effectué, la technique du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes qui conciliera effectivité des droits fondamentaux et prévisibilité acceptable reste à écrire. Elle le sera par les magistrats, seuls à même de fixer l'utilisation de cet outil, ceux-ci étant éclairés par la réaction des avocats, des justiciables et des auteurs.

¹ Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 656.

² Sur cette articulation, voir *supra* n°115 et s.

Les réflexions formulées dans cette recherche invitent toutefois à proposer quelques pistes qui auraient leur place dans le *vademecum* du contrôle concret souhaité.

Il a été établi que le contrôle concret suppose la détermination de la loi applicable à la situation factuelle, les conséquences de cette application étant critiquées par le demandeur au contrôle. Cette étape préliminaire n'innove en rien, étant présente dans tout jugement, y compris lorsqu'aucun contrôle concret n'est effectué. Elle y est traditionnellement justifiée par un syllogisme composé d'une majeure présentant le droit applicable, d'une mineure rappelant les faits pertinents, et d'une conclusion sur l'applicabilité de la loi à la situation factuelle. Cette détermination de la loi applicable étant un préalable au contrôle, sa présentation n'a pas lieu d'être modifiée par sa réalisation subséquente. Le syllogisme doit par conséquent être visible avant qu'un contrôle *in concreto* ne soit pratiqué¹.

Par ailleurs, il a déjà été expliqué que, quoi que cela ne soit pas absolument inconcevable de ne pas faire figurer cette étape, le contrôle *in concreto*, en pratique, sous-entend systématiquement la compatibilité *in abstracto* de la norme contrôlée avec le texte de valeur supra-législative². Ce constat peut être entériné en faisant du contrôle ou du rappel de la conformité abstraite une autre étape préalable au contrôle concret.

C'est alors seulement que le contrôle à proprement parler serait traité. Sur ce point, il faut rappeler la liberté méthodologique que laisse la Cour européenne aux juges nationaux, exigeant seulement une forme de concrétisation du contrôle³. La reprise des étapes du contrôle réalisé à Strasbourg n'est de fait pas une nécessité. Si ce choix est fait, les raisons de son opportunité doivent être explicitées. Afin d'éviter les confusions avec la résolution des conflits entre les normes de même valeur⁴, toute référence à une opération de mise en balance doit être proscrite.

Ces préalables posés, il est aisé d'établir que le cœur du contrôle *in concreto* doit rappeler le droit fondamental invoqué et son interprétation par ses différents juges⁵, présenter les éléments des faits d'espèce pertinents pour apprécier les effets de l'application de la loi, au-delà des faits nécessaires à l'élaboration du syllogisme⁶, et en tirer une conclusion sur l'application ou non de la loi au cas d'espèce.

¹ Sur ce point, voir *supra* n°67.

² Sur ce point, voir *supra* n°115 et s.

³ Sur ce point, voir *supra* n°182 et s.

⁴ Sur ce point, voir *supra* n°55.

⁵ La Cour de cassation est désormais ouverte à la citation de sa propre jurisprudence et de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme (*Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Avril 2017, disponible sur le site internet de la Cour, proposition n° 34). Sur le sujet, voir Deumier (Pascale), « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p.65.

⁶ Sur ce point, voir *supra* n°77.

C'est ici qu'il apparaît que cette décision finale du juge conservera toujours une part de mystère : « *la solution proposée demeure le fruit d'une décision humaine* »¹. À ce titre, il serait illusoire de penser que la plus précise des trames de jugement permettrait de déterminer à l'avance et avec certitude pourquoi tel mariage incestueux doit échapper à l'annulation et non tel autre, par exemple. Une irréductible imprévisibilité demeure dans l'acte de juger, celle-ci étant révélée par le contrôle de proportionnalité, bornée par son encadrement technique et pouvant être réduite encore par d'autres techniques.

Paragraphe II : La réduction de l'imprévisibilité

450. **Modalités de la réduction** Malgré l'encadrement technique du contrôle de proportionnalité, il demeurera difficile de prévoir avec un haut degré d'exactitude l'issue d'une affaire précise. Cependant, la prise de hauteur dans la réflexion sur le contrôle de proportionnalité permet d'améliorer la netteté de la représentation. Cette démarche permet d'améliorer l'anticipation des effets du contrôle sur une question précise se posant dans plusieurs affaires, distinguant une direction générale. Pour cela, il est envisageable de recourir à l'observation (A) et à la prédiction (B), la première méthode, quoique moins innovante, semblant plus prometteuse.

A : La réduction par l'observation

451. **Auteurs de l'observation** Il est établi que la seule lecture des décisions rendues par les juges ne peut suffire à en révéler un sens profond ou à dégager les tendances les animant. Bien au contraire, l'observation doit être réalisée par des professionnels du droit, à même d'interpréter les décisions de justice pour leur donner un sens au-delà de la réponse apportée aux parties, faisant d'eux les « *véritables découvreurs de la jurisprudence* »². Ces découvreurs sont les praticiens du droit (1) et les universitaires (2).

1 : L'observation des praticiens

452. **L'avocat et son juge** L'objectif de prédire la jurisprudence future est « *celui de tout avocat* »³. Pour ce faire, la connaissance de l'environnement du tribunal et des juges qui y siègent fait en quelque sorte partie de la veille juridique de chaque avocat. Ceux-ci, bien souvent

¹ Prétot (Sophie), « La motivation enrichie en droit de la famille : brèves observations sur une évolution malgré tout pertinente », in Dugué (Marie) et Traullé (Julie), *La motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation*, LexisNexis, 2023, p. 67.

² Serverin (Évelyne), entrée « Jurisprudence » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

³ Dondero (Bruno), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 532.

spécialisés dans quelques domaines et exerçant de très nombreuses années dans le même barreau, se constituent une sorte de cartographie mentale leur donnant une idée de la manière dont leur affaire sera appréhendée par la formation de jugement et du résultat qui s'en suivra. Dans un grand cabinet d'avocat, cette pratique peut être plus formalisée, par la constitution de bases de données locales. L'objectif est d'anticiper la manière dont une affaire sera traitée par le juge afin de conseiller les clients sur l'opportunité d'agir et d'élaborer une stratégie procédurale et argumentative à même d'obtenir le résultat souhaité. Ce développement des « *argumentations locales* »¹ pourrait connaître un nouvel essor avec le développement de l'*open data* des décisions de justice, permettant d'augmenter le nombre de décisions prises en compte dans l'élaboration de la cartographie mentale que l'avocat se fait des juges de son ressort sur une question précise.

Au premier abord, tout indique que cette pratique pourra pareillement se retrouver concernant les instances où est réalisé un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. Un avocat sollicitant plusieurs fois un contrôle sur une question similaire devant le même juge développera, au-delà des trames de jugement proposées à tous les juges par la Cour de cassation, une compréhension accrue de la manière dont son juge appréhende le contrôle. Cette compréhension proviendra, sans doute plus encore que de la décision de justice en elle-même, du processus ayant permis d'y parvenir, et notamment des débats durant lequel le juge aura posé des questions ou sollicité des éclaircissements. Ces échanges aideront en effet l'avocat à discerner ce qui peut emporter la décision du juge, au-delà de ce qui est directement visible dans le jugement, à entrevoir sa perception de son office dans la réalisation du contrôle. L'avocat sera aidé dans la construction de son argumentation, l'élaboration de sa stratégie procédurale, sachant mieux quels arguments retenir, et comment les mettre en avant.

Du fait du caractère factuel du contrôle de proportionnalité, un tel développement de la connaissance du juge par l'avocat ne permettra pas de faire disparaître l'aléa sur le traitement d'une affaire particulière. Il permettra cependant sans doute à l'avocat, dans la masse des contrôles réalisés sur une même question, de distinguer une tendance rendant le contentieux moins incertain. Cependant, certaines limitations existent à l'efficacité de cette pratique concernant le contrôle de proportionnalité.

¹ Rouvière (Frédéric), « Réponse aux questions posées lors de l'audition », in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 233 et s.

453. **Limites induites par le factualisme** La connaissance du juge par l'avocat, qui est à même de permettre de mieux anticiper la manière dont celui-ci appréhendera le contrôle de proportionnalité sollicité dans une instance, présente certains facteurs limitants spécifiques au contrôle concret.

En effet, cette approche suppose, pour être effective, l'existence d'un contentieux sériel, c'est-à-dire la survenance d'un grand nombre d'affaires très proches dans les faits, soumises par le même avocat au même juge. Cela suppose, les juges ne conservant pas le même poste indéfiniment, que l'avocat soumette ces affaires dans un temps relativement restreint. Cela implique que l'avocat soit hautement spécialisé sur une question précise qui génère un fort contentieux où le contrôle concret est particulièrement approprié, et serait également facilité par le fait qu'il soumette ces litiges à une petite juridiction, se retrouvant de manière répétée devant les mêmes magistrats, dont il pourra anticiper la réaction.

Ces conditions sont assez rarement réunies, étant rappelé que le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes a vocation à trouver son utilité dans des affaires où les faits présentent un certain caractère exceptionnel, n'étant pas appelés à se répéter très régulièrement à l'échelle du ressort d'une juridiction de première instance. De ce fait, il apparaît peu probable qu'un même juge soit régulièrement saisi d'un contrôle concret portant sur l'application d'un même texte de loi. *A fortiori*, il sera d'autant plus rare qu'un magistrat soit amené régulièrement à constater que l'application de tel texte de loi est contraire à une norme supérieure dans une situation de fait de manière répétée, alors que ce sont ces décisions où le moyen de disproportion serait un succès qui seraient les plus à même d'instruire les avocats.

De ce fait, il apparaît plus vraisemblable que, si l'observation des décisions de justice où est pratiqué un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes peut être riche d'enseignements, cela ne soit pas au niveau local mais à celui de l'ensemble des juridictions. Elle pourrait être l'œuvre d'avocats se spécialisant sur un contentieux spécifique et portant des contrôles concrets à son sujet devant différentes juridictions. La répétition serait ici moins riche d'enseignement, puisqu'elle serait l'œuvre de magistrats différents, qui ne seraient pas mieux connus par les avocats.

Il serait ici plus intéressant de bénéficier d'un regard surplombant, n'étant pas directement aux prises avec le contentieux pour pouvoir apprécier celui-ci d'une manière plus objective.

2 : *L'observation de la doctrine*

454. **Modalités** La doctrine semblent à même d'observer le contrôle de proportionnalité avec un point de vue particulièrement édifiant pour les praticiens que sont les

juges et les avocats. Le mot est ici entendu dans un sens large, désignant « *l'ensemble des auteurs* »¹ rédigeant des ouvrages, des articles, ou développant une réflexion présentant un certain degré d'abstraction et de généralisation². Ces auteurs sont à même de jouer un rôle considérable dans l'accueil et la construction du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

En effet, si l'adoption du contrôle ne semble pas avoir été proposée par les universitaires, mais réalisée par les magistrats français -plus spécifiquement les Conseillers de la Cour de cassation- en dialogue avec les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme, leur contribution est indispensable pour que celui-ci puisse s'implanter de manière cohérente dans le système judiciaire. Sans leur contribution, le caractère hautement factuel du contrôle, privant la Cour de cassation de la possibilité de rendre des arrêts de principe respectés par les juridictions inférieures et permettant aux parties d'anticiper les solutions rendues avec une prévisibilité comparable à celle d'une solution dictée par la loi, donnerait lieu à un système chaotique. Au contraire, leur observation des décisions rendues leur permettra, par la comparaison, de discerner les éléments généralement à même d'emporter la conviction du juge, et de métaboliser ces données en un système moins factuel.

Ce rôle des auteurs, en interaction avec celui des juges et des avocats a été décrit par Monsieur Zenati-Castaing bien avant l'apparition en France du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes. Pour l'auteur, « *c'est à ces derniers [les docteurs] qu'il appartient de mettre en mémoire l'expérience des jugements et, souvent, de dégager les solutions qu'elle comporte de manière sous-jacente* »³. Il ajoute que « *l'intervention du docteur est apaisante [puisque] d'un complexe de décisions confuses ou contradictoires, il dégage des raisons de juger cohérentes* »⁴.

Ce rôle de la doctrine suppose cependant qu'elle adopte une attitude particulière à l'égard des jugements où est réalisé un contrôle, et du contrôle de proportionnalité en général. Une attitude purement critique, ne pointant que les dangers du contrôle et ses incohérences allégués, si elle est *a priori* aussi légitime épistémologiquement, n'est pas aussi constructive qu'une approche reconnaissant une certaine légitimité au contrôle, ou, du moins, qui constatant son existence,

¹ Guinchard (Serge) *et al.*, *Lexique des termes juridiques 2022-2023*, Dalloz, 2022, entrée « Doctrine ».

² À ce titre, le travail des magistrats, lorsqu'il ne s'oriente pas vers le jugement d'une affaire, ne peut être exclu. Il en est notamment ainsi du Service de documentation, des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation, organe de la Cour de cassation dirigé par un magistrat ayant rang de président de chambre, et chargé notamment de la réalisation de rapports d'étude pour la Cour.

³ Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 245.

⁴ *Ibidem*, p. 249. Monsieur Zenati-Castaing ajoute encore que le docteur « *explique l'apparente inconstance du juge et restitue une certaine rationalité à sa démarche. C'est dans l'incertitude que le docteur trouve son élément, la sève de son discours. Il sait agencer la contradiction d'une manière subtile pour montrer que l'opposition n'est pas négative mais constructive* ».

tente de l'expliquer. Seule cette attitude, qui n'exclut aucunement la critique, mais seulement le rejet radical, permet de s'intéresser à ce qui motive la décision, et de l'expliquer. Elle semble à même de produire des effets importants, en cohérences avec l'importance du rôle des universités dans l'élaboration et la pratique du droit rappelé par les rapports de Messieurs Sauvé¹ et Cadiet².

455. **Effets** Le travail des universitaires, qui prendra en considération les décisions de justice réalisant des contrôles concrets pour dégager des tendances, sera utile tant aux avocats qu'aux magistrats.

D'abord, les écrits se concentrant sur l'analyse d'un contentieux en particulier permettront de discerner les éléments factuels en général les plus à même d'emporter la décision du juge entre l'application de la loi et son éviction *in casu*. De la masse des décisions se dégagera des arguments, plus ou moins convaincants, aiguillant les avocats tout au long de leur travail, de la discussion avec les clients, permettant de les interroger pour dégager dans leur histoire des arguments utiles, à la construction de leurs conclusions et plaidoiries, mettant l'accent sur les arguments les plus percutants.

Ensuite, l'œuvre doctrinale sera également utile aux magistrats chargés de réaliser le contrôle. Les mêmes articles sur une matière déterminée seront utilisés par les juges afin de s'informer sur les modalités du contrôle réalisé par leurs pairs, afin d'éviter de rendre des décisions ne s'insérant pas avec cohérence dans la masse des décisions réalisant un contrôle de proportionnalité. Monsieur Zenati-Castiang relève à ce titre que « *les juges n'ont pas le choix ; ils ne peuvent connaître ni utiliser la jurisprudence sans les docteurs* »³, cette tâche de compréhension globale de leur action n'étant réalisable que d'un point de vue externe. Dit autrement, « *la loi et la jurisprudence sont, dans une certaine mesure, ce que la doctrine prétend qu'elles sont* »⁴. Cette utilisation par le juge de la doctrine ne permettra pas de faire disparaître l'aléa, étant donné que, concernant cette question factuelle, il n'est pas question de dégager une solution à même de s'appliquer à des cas identiques dans une démarche de jurisprudence, mais seulement de distinguer une manière de parvenir à la solution adaptée au litige en question.

Pareillement, les écrits s'intéressant, de manière plus globale à la manière dont est réalisé le contrôle influenceront les juges, la critique constructive de leur manière de procéder étant à

¹ *Rendre justice aux citoyens*, Rapport du comité des États généraux de la justice, Avril 2022.

² Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume I.

³ Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 252.

⁴ Jestaz (Philippe) et Jamin (Christophe), *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 6.

même de mener à ce qu'elle soit amendée. Le rapport entre universitaires et magistrat est synallagmatique, étant donné que « *de la même manière que la doctrine se nourrit de jurisprudence, la jurisprudence se reproduit et se développe à travers le miroir que constitue la doctrine* »¹.

Cependant, il est à craindre que, face à la masse des décisions réalisant un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, qui proviennent en premier lieu des juges du fond, noyées dans une multitude de décisions de justice toutes accessibles, l'intelligence humaine des auteurs de doctrine montre ses limites dans la prise en compte de cette multitude. Une intelligence artificielle ne serait-elle pas plus à même de réaliser ce travail colossal ? Rien n'est moins sûr.

B : La réduction par la prédiction

456. **Utilisation d'algorithmes** L'usage des nouvelles technologies pourrait permettre d'apporter un regard nouveau sur les décisions de justice. En effet, l'esprit humain ne peut traiter qu'un nombre limité de jugements, tandis que les ordinateurs, guidés par des humains, sont à même de dépouiller toutes les décisions rendues par toutes les juridictions. Il paraît possible d'utiliser ces données pour discerner des schémas sous-jacents dans la réflexion des juges, permettant, toutes choses égales, une certaine prédictibilité des décisions futures à même de réduire l'aléa du recours au juge. Il convient d'exposer l'intérêt de cette démarche (1), sans en cacher les limites (2).

1 : L'intérêt de la prédiction

457. **Définition** L'usage des outils informatiques par les juristes a fait l'objet de réflexions anciennes², se développant plus récemment autour des questions liées à l'intelligence dite artificielle et aux algorithmes. Il est ici hors de propos de revenir sur ces riches travaux, l'objet de ces développements étant seulement d'analyser la manière dont ces technologies peuvent influencer la prédictibilité des affaires où est réalisé un contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

Tout juste faut-il préciser qu'il est ici question d'outils technologiques utilisant les décisions de justice passées pour indiquer dans quel sens pourraient s'orienter les décisions de justice futures, ou la décision à venir sur une situation factuelle en particulier. Ces outils, présents ou

¹ Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 248.

² Voir par exemple une intervention d'un Conseiller d'État en 1967, indiquant que « *l'informatique juridique peut faciliter le raisonnement juridique* » et faisant état de la crainte déjà exprimée que l'informatique juridique ait « *pour effet de figer le droit* », reproduite dans Mehl (Lucien), « Informatique juridique et droit comparé », *Revue internationale du droit comparé*, LGDJ, 1968, p. 617.

envisagés, sont souvent désignés en parlant de justice prédictive. Cette « *version moderne de la boule de cristal* »¹ promet de « *prédire avec le moins d'incertitude possible ce que sera la réponse de la juridiction X quand elle est confrontée au cas Y* »². Cette prévision ne repose pas sur une application par l'algorithme de la loi, l'ordinateur ne réalisant pas un syllogisme, mais sur l'analyse des décisions passées potentiellement à même d'indiquer les décisions futures, revenant à « *dire ce qui pourrait être jugé en se fondant en tout ou partie sur ce qui l'a déjà été* »³. Il est en effet relevé qu'un « *outil de justice prédictive efficace doit permettre (...) une objectivation de la jurisprudence concrète - entendue non comme celles des décisions de justice appelées à faire jurisprudence mais, à l'inverse, comme la tendance se dégagant de l'ensemble des décisions rendues dans un domaine et/ou un ressort donné* »⁴. Il s'ensuit que l'algorithme doit être nourri d'un grand nombre de décisions de justice, ne pouvant faire sens s'il ne dispose que d'un échantillon réduit d'informations. La plus-value du traitement algorithmique par rapport à l'intelligence humaine réside en effet dans la possibilité de traiter une masse de données considérablement plus importante, permettant d'y détecter des signaux de faible intensité, qui ne peuvent apparaître que par l'observation d'un très grand nombre d'objets. L'algorithme trouve son sens dans le *big data* qui, concernant les décisions de justice, implique idéalement que le jeu de donnée comprenne toutes les décisions rendues dans un domaine par toutes les juridictions compétentes. Le lien entre justice prédictive et *open data* des décisions de justice est par conséquent fort. Le Vice-président Sauvé résume que « *les algorithmes prédictifs, fondés sur l'ouverture progressive mais massive et gratuite, des bases de jurisprudence à tous — l'open data —, visent à accélérer le règlement des litiges et à accroître la sécurité juridique, en améliorant la prévisibilité des décisions de justice* »⁵.

458. **Big data et factualisme du contrôle**

Certains éléments laissent à penser que l'utilisation de la justice prédictive présente un intérêt particulier s'agissant du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

¹ Rouvière (Frédéric), « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 527.

² Dondero (Bruno), « La justice prédictive », *Le Blog du Professeur Dondero*, article publié le 10 février 2017 et consulté le 20 novembre 2022. Il a encore été dit que « *ce qu'il est courant d'appeler la « justice prédictive » repose précisément sur le fait de quantifier l'aléa judiciaire et par conséquent de le réduire* » (Richaud (Coralie), « L'impact des algorithmes sur la rédaction des décisions de justice », in Malhière (Fanny), *Comment rédiger une décision de justice au XXIe siècle ?*, Dalloz, 2018, p. 83.

³ Buat-Ménard (Eloi), « La justice dite prédictive : prérequis, risques et attentes — l'expérience française », *Les cahiers de la justice*, Dalloz, 2019, p. 269.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sauvé (Jean-Marc), « Introduction », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 7.

D'abord, s'il a été dit que le caractère factuel du contrôle de proportionnalité venait limiter la prévisibilité de son résultat, il semble que ce ne soit pas un inconvénient lorsqu'il s'agit d'utiliser la justice prédictive. En effet, les algorithmes ne reposant pas sur l'application de la loi qui serait programmée en leur sein, mais sur la lecture d'une multitude de décisions de justice, ils sont particulièrement à même de détecter et de mettre en évidence les éléments factuels emportant la décision de justice. En comparant un très grand nombre de cas similaires, ne variant qu'en raison d'éléments de fait mineurs, la justice prédictive pourrait permettre d'isoler leur influence sur la solution retenue, améliorant la compréhension du raisonnement employé. Il est expliqué qu'un juge « *ne pourra jamais emmagasiner avec une mémoire infallible les détails de milliers d'affaires, [ce que peuvent les big data] en proposant une connaissance littéralement surhumaine* »¹. L'utilisation des algorithmes, pour cette raison, permet de changer de point de vue en n'appréhendant plus une affaire par la recherche de la loi qui lui est applicable, mais par l'analyse de la manière dont les juges ont traité par le passé des affaires approchantes. Dans un tel raisonnement, la loi n'est plus au centre du raisonnement, n'étant respectée dans le traitement de l'affaire en cours que parce qu'elle l'a été par les juges traitant des affaires passées similaires. Si cette démarche devait prendre une certaine importance dans le système judiciaire, elle serait à même de « *provoquer un retour aux cas* »², véritable changement de paradigme pour le droit continental.

459. Utilisation des décisions sur le fond

Une implication logique de cette place donnée par le traitement algorithmique aux éléments factuels est une importance accrue des décisions rendues au fond par rapport à celles de la Cour de cassation. Monsieur Théry note dans ce sens qu'il « *pourrait exister dans les décisions non frappées de recours des lignes jurisprudentielles qui demeurent ignorées et que l'open data pourrait révéler* »³, d'autant mieux que cet *open data* serait utilisé par les algorithmes. En effet, c'est au juge du fond qu'il appartient prioritairement de qualifier et de traiter les faits, faits dont le rôle particulier

¹ Garapon (Antoine), « Les enjeux de la justice prédictive », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°1, p. 34.

² Zenati-Castaing (Frédéric), « La jurisprudence révélée », in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II — Annexes, p. 178 et s. Monsieur Zenati-Castaing voit le développement des algorithmes comme étant à même de provoquer une révolution de la même ampleur que celle de l'imprimerie. Pour lui, « *de la même manière que la découverte de l'imprimerie a favorisé la propagation de la loi, et que l'avènement des revues juridiques après la codification a favorisé la diffusion et l'affirmation de la norme, l'invention des ordinateurs est susceptible de provoquer un retour aux cas* ».

³ Théry (Philippe), « Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence », in Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 173.

s'agissant du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes a déjà été exposé, de même que celui, prééminent, du juge du fond. Il s'en déduit que l'usage des algorithmes permettant de prendre en compte les décisions rendues par l'intégralité des juridictions pourrait avoir un intérêt particulier dans l'anticipation des décisions où un contrôle de proportionnalité est demandé.

460. **Détection grâce aux trames** Enfin, il a été relevé que « *l'absence de trames harmonisées à l'échelon national (...) conduit à relativiser les résultats de la prédiction* »¹. Cela est dû à la trop grande complexité, pour un algorithme, de comparer des décisions pouvant relever d'un même mode de pensée mais se manifestant dans une rédaction différente. La richesse du langage permet en effet de dire la même chose de plusieurs manières, laissant au juge une certaine marge dans son style d'écriture. Ces différences de présentation et de rédaction font en quelque sorte écran entre le fond du jugement et l'œil de l'algorithme, qui ne dispose pas, à la différence de l'intelligence humaine, de véritable capacité d'analyse de l'argumentation produite par le juge. Or, s'agissant du contrôle dit de proportionnalité, des propositions de trames nationales existent bel et bien, à la disposition de tous les juges de tous les degrés de juridiction devant réaliser un tel contrôle. Si ces trames sont suivies, l'appréhension par les algorithmes des décisions où est réalisé un contrôle de proportionnalité devrait s'en trouver facilité.

Il est dès lors à espérer que la justice prédictive rende « *transparent un niveau de réalité qui était jusqu'à présent inaccessible* »² dans la compréhension des décisions où est réalisé un contrôle de proportionnalité, permettant d'en améliorer la prévisibilité globale en dévoilant les grandes tendances. Cet optimisme doit toutefois être modéré.

2 : Les limites de la prédiction

461. **Limites générales** La technique de la justice prédictive présente certaines limites intrinsèques, qui viennent borner son intérêt. Avant d'envisager les éléments compliquant son application au contrôle de proportionnalité, il convient de rappeler ces limites générales.

¹ Amrani-Mekki (Soraya), « Le point de vue d'une universitaire », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 49.

² Garapon (Antoine), « Les enjeux de la justice prédictive », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°1, p. 34.

Comme pour toutes les technologies d'intelligence artificielle¹, le recours au *machine learning* empêche de connaître de quelle manière l'ordinateur « raisonne » pour parvenir au résultat, ne permettant pas de retracer un processus ayant permis d'obtenir la solution. En effet, l'intelligence artificielle est nourrie à partir de grandes quantités de données (des décisions de justice, pour ce qui nous intéresse), le type de résultat attendu lui étant montré en exemple. Le programme, une fois en exploitation, trouve des moyens d'aller de la donnée par laquelle il est nourri, l'*input*, vers la donnée attendue, l'*output*, sans que le processus liant les deux ne soit formalisable. Cette « *boîte noire* »² implique que « *l'intelligence artificielle fonctionne dans l'obscurité* »³, ne révélant pas le moins du monde le raisonnement que pourra suivre le juge pour parvenir à sa solution, mais visant seulement à prédire la solution la plus vraisemblable. L'intelligence artificielle n'est par conséquent pas un moyen d'apprécier la démarche du juge, de vérifier la qualité de son raisonnement, sauf à considérer que son raisonnement est nécessairement de mauvaise qualité s'il ne parvient pas à la même conclusion que la boîte noire de l'algorithme, ce qui serait un dévoiement évident de l'outil. En somme, « *le but d'une intelligence artificielle n'est pas de reproduire le processus de pensée d'un être humain mais le résultat de ce raisonnement* »⁴. Tout juste le juge pourra-t-il être encouragé à argumenter avec plus d'attention lorsque sa décision va à l'encontre de la prédiction algorithmique. Ce n'est là qu'une limite à l'utilité de la justice prédictive provenant de son mécanisme de fonctionnement.

462. **Dangers** Cette technique est également porteuse de véritables dangers, les données la nourrissant pouvant occasionner un biais conservateur des solutions établies. En effet, étant donné que le jeu de données utilisé par l'algorithme pour produire une prédiction est nécessairement composé de décisions de justice rendues par le passé, son regard est par essence rétrospectif. De ce fait, « *c'est le rétrospectif qui fait le prédictif* »⁵, menant au constat paradoxal que le dispositif duquel est attendu une prédiction ne se fonde pas sur la loi applicable à l'espèce et les circonstances l'entourant, mais sur des décisions rendues en des temps révolus. La chose n'est pas critiquable en soi, étant évident que les décisions de justice passées sont un

¹ Pour une explication accessible du phénomène, voir Georges (Benoît), « Les boîtes noires du *deep learning* », *Les Echos*, 27 août 2018.

² Vergès (Étienne), « Le juge face à la boîte noire : l'intelligence artificielle au tribunal », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2022, p. 1920.

³ Molinié (François), « Le point de vue de l'avocat », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 64.

⁴ Rouvière (Frédéric), « Dix problèmes épistémologiques sur la justice prédictive », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 587.

⁵ Cadiet (Loïc) (dir.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume I, p. 92.

bon indicateur des décisions à venir *-ceteris paribus-*, mais suppose une conscience de ce fait par les utilisateurs de l'algorithme, afin que ses effets négatifs potentiels puissent être évités. Le risque est un enfermement dans le passé, le présent disparaissant des éléments pris en compte dans le raisonnement, qui condamnerait les juges à rejouer pour de nouveaux litiges des procès déjà tenus, conduisant à une « *uniformisation de la pensée judiciaire* »¹ ou à un « *effet moutonnier* »² de la justice prédictive, voir même à une « *congélation de la jurisprudence* »³. Cet élément sera également de nature à faire peser sur le juge allant à l'encontre de la prédiction une exigence de motivation particulière.

463. **Une intelligence pas si intelligente** Ces limites laissent à penser qu'il est peut-être trompeur de parler d'intelligence artificielle pour qualifier la prédiction par des algorithmes des solutions judiciaires. Il va d'abord sans dire que « *l'intelligence de l'intelligence artificielle n'est pas comparable à l'intelligence humaine douée de sensibilité, de compétences sociales, d'humour, d'ironie* »⁴, mais il est possible d'aller plus loin en posant que « *dans l'absolu une machine ne peut être intelligente* »⁵. Sans doute la question tient-elle plus à l'acception du mot intelligence qu'à autre chose, mais elle rappelle les différences fondamentales et essentielles existant entre la décision de justice à laquelle parvient l'esprit humain et la prédiction algorithmique.

Une conséquence de cela est que, malgré l'existence de l'algorithme, le juge humain doit réaliser la même réflexion que si l'algorithme n'était pas là, l'avocat de chair et d'os ayant d'ailleurs dû pareillement construire son argumentation avant de la soumettre au juge. L'intérêt de l'algorithme s'en trouve limité, puisque l'interroger demandera un travail supplémentaire dont le résultat ne pourra pas se substituer au raisonnement du juge. Autrement dit, « *pour obtenir une réponse utile, il faut préciser et affiner la question à un niveau tel qu'une fois la question formulée avec la précision voulue, le juriste aura souvent déjà la réponse* »⁶. En plus de cela, des limites spécifiques apparaissent lorsqu'il s'agit d'utiliser la justice prédictive en matière de contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes.

¹ Dondero (Bruno), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 532.

² Garapon (Antoine), « Les enjeux de la justice prédictive », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°1, p. 34.

³ Amrani-Mekki (Soraya), « Le point de vue d'une universitaire », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 49.

⁴ Coletta (Anaïs), *La prédiction judiciaire par les algorithmes*, Thèse de droit privé, Université de Nîmes, 2021, n°5.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Dondero (Bruno), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 532.

464. **Limites à la prédictibilité algorithmique de la proportionnalité**

Si des

éléments laissent à penser que la prédiction algorithmique est par certains aspects particulièrement intéressante en matière de contrôle concret, d'autres spécificités de cette technique invitent à modérer cet optimisme.

D'abord, les limites des outils existants font qu'ils n'ont pas encore fourni la preuve de leur performance concernant des questions aussi complexes que le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, qui suppose une appréciation fine de la situation des parties pour parvenir à une décision « *sur-mesure* »¹, mais ont seulement démontré une certaine efficacité concernant des contentieux chiffrés. Il est ainsi relevé que « *indemnités de licenciement, pensions alimentaires ou dommages corporels sont les entrées unanimement explorées par les legal techs* »². En effet, les nombres présents dans ces décisions sont des éléments beaucoup plus simples à appréhender que l'appréciation factuelle d'une situation et un dispositif qui peut être tout en finesse. Il se peut donc que le contrôle concret soit trop complexe pour pouvoir être appréhendé par un algorithme. Il n'est cependant pas inimaginable que cette limite technique soit petit à petit levée, la technologie progressant. Des limites inhérentes au contrôle de proportionnalité demeureront toutefois.

En effet, le lien existant entre *big data* et *machine learning* implique que les technologies de justice prédictives, à moins d'une rupture totale, requièrent un jeu de données d'une taille considérable pour détecter les éléments à même de faire basculer une décision. Pour que la prédiction soit un tant soit peu fiable, elle doit être assise sur un très grand nombre de précédents aux faits approchants. Or, les décisions de justice où est réalisé un contrôle dit de proportionnalité relèveront sans doute plus du « *small data* »³ que du *big data*, étant donné que le contrôle est un mécanisme d'exception, qui ne vise qu'à traiter le résultat aberrant que produit la loi dans une situation exceptionnelle. Il est de ce fait peu probable que les précédents d'un tel contrôle, sur un point de droit spécifique, atteignent jamais la masse critique nécessaire pour une prédiction de qualité. Plus précisément, si le nombre de données peut être important, il serait dans l'ordre des choses que la quasi-totalité des décisions en question conclut à l'applicabilité de la loi *in casu*, privant le logiciel d'un nombre suffisant d'exemples de constat de disproportion, lesquels n'apparaîtraient au logiciel que comme une aberration statistique. Peut-être les décisions réalisant un contrôle de proportionnalité seront-elles paradoxalement à

¹ Gogos-Gintrand (Amélie) « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », Recueil Dalloz, 2020, p. 2409.

² Deumier (Pascale), « La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 60, 2018, p. 49.

³ Rouvière (Frédéric), « Dix problèmes épistémologiques sur la justice prédictive », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 587.

la fois trop nombreuses pour toutes être embrassées par un esprit humain, et insuffisamment nombreuses pour nourrir un insatiable ordinateur, la sagacité du premier semblant à ce jour plus à même d'être utilisée pour réduire l'imprédictibilité.

In fine, le bénéfice du développement de la justice algorithmique pourrait être le plus grand pour le contrôle concret si cet outil nouveau pouvait permettre de libérer du temps pour que les juges réalisent un contrôle de qualité. Dans ce sens, le Premier Président Louvel relevait que la prévision algorithmique détournerait les affaires aux solutions les plus évidentes de jamais se présenter devant le juge, « *la saisine d'une juridiction se trouvant ainsi réservée à la recherche des solutions les plus incertaines* »¹, le contrôle concret faisant assurément partie de cette catégorie. Toujours est-il que le bénéfice à attendre en termes de prédictibilité est réduit.

Section II : Limite au pouvoir du juge

465. **Équité, équitable et proportionnalité** L'encadrement du contrôle permet de poser des limites à l'imprédictibilité de son résultat, tout en la maintenant dans des proportions permettant au juge de remplir son office. Avant de conclure, il est toutefois nécessaire de changer de regard, pour ne plus voir l'imprévisibilité comme un aléa pour le justiciable, mais comme un espace de liberté pour le juge, qui lui laisserait une marge pour juger selon son bon vouloir et ses convictions. Le contrôle de proportionnalité, s'il permettait cela, serait une forme de jugement en équité dans son sens le plus péjoratif. Beaucoup d'auteurs

¹ Louvel (Bertrand), « Introduction », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 15.

voient ainsi le contrôle concret¹, ou redoutent qu'il puisse mener à cette dérive², rendant indispensable un questionnement approfondi sur le lien entre équité et proportionnalité, au-delà des réflexions déjà menées sur son encadrement technique³ ou son respect de la hiérarchie des normes⁴.

¹ Une récente thèse sur le sujet annonce pouvoir « identifier le contrôle de proportionnalité à l'équité » (Fourment (Victoria), *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022, n°135). Voir également Sériaux (Alain), « Quand proportionnalité rime avec équité », *Cahiers de méthodologie juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, n°32, 2018, p. 2071 ; Gautier (Pierre-Yves), « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Bateur*, LGDJ, 2021, p. 55 qui dit à propos des jugements en équité que « *eh bien, on a tout l'air d'y faire retour aujourd'hui* » ; Chénéde (François), « Nullité du mariage entre alliés, Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 953, qui désigne comme une « *version post-moderne du jugement en équité, le contrôle de conventionnalité in concreto* » ; Haftel (Bernard), « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1477, qui note que « *en éclipant la méthode du conflit de lois au profit d'un contrôle casuistique de proportionnalité, la règle au profit de l'équité du cas d'espèce, le Conseil d'État est, en réalité, revenu à l'âge de pierre* » ; Larribau-Terneyre (Virginie), « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription en recherche de paternité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°3, p. 46, qui considère que « *cette éviction se fait par ailleurs en vertu d'une technique qui paraît à beaucoup sinon fort approximative, du moins aussi arbitraire que le recours à l'équité des anciens jugements, de sorte que l'on peut être tenté de qualifier le contrôle de proportionnalité de contrôle de l'opportunité* », Ghestin (Jacques), Barbier (Hugo) et Bergé (Jean-Sylvestre), *Traité de droit civil, Tome I, Introduction générale : Droit objectifs et droits subjectifs, Sources du droit*, 2018 (5^e édition), LGDJ, n°681, pour qui « *il ne fait aucun doute que sous le visage aimable et actuel de la proportionnalité, mécanisme de conciliation des normes dans le respect de leur hiérarchie, apparaît le prisme de l'équité, mécanisme de dynamitage des normes et de leur hiérarchie* » ; ou enfin Dross (William), « Où en est-on de la sanction de l'empiètement ? Démolition, astreinte, proportionnalité et constitutionnalité », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n° 19, p. 63, qui note avec soulagement en commentant une affaire que « *l'on peut se réjouir de ce que la Cour de cassation n'ait pas cédé aux sirènes de la proportionnalité qui donne au juge licence de trancher la cause en équité* ».

² Voir par exemple Rouvière (Frédéric), « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités* n°24, ENM, Décembre 2020, p. 35, pour qui « *en concevant les droits de l'homme comme une forme d'argument "joker", on admettrait de façon généralisée un règne sous-jacent de l'exception d'équité* » ; De Béchillon (Denys), « Observations sur le contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015*, publiés dans *La semaine juridique, Édition générale*, supplément au n°1 de l'année 2016, LexisNexis., p. 29, qui met en garde : « *le fait est qu'il existe un risque — objectif — si l'on n'y prend garde, de voir l'invocation du principe de proportionnalité se commuer en investiture que le juge se donnerait à lui-même pour juger en équité ou peu s'en faut. (...) Pour le dire autrement, le développement du contrôle de proportionnalité n'est et ne sera constitutif d'un progrès que dans la stricte mesure où il ne sera jamais confondu avec le droit naturel. S'il s'amalgame un jour avec l'appréciation en équité, il se sera montré l'instrument d'une régression majeure dans l'histoire de l'État de droit* », Fabre-Magnan (Muriel) et Brunet (François), *Introduction générale au droit*, PUF, 2022 (2^e édition), n°196 qui indique que « *à défaut d'un tel débat et donc d'une méthode rigoureuse, la proportionnalité risque d'être soit une technique de jugement en équité, pulvérisant l'autorité du droit objectif sur l'autel des droits fondamentaux, soit un faux-semblant* » ; ou Fulchiron (Hugues), « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 153, pour qui « *on ne manquera pas de s'inquiéter des dangers d'une justice rendue en équité* ».

³ Voir particulièrement n°437 et s. En guidant le juge dans la réalisation du contrôle, l'encadrement technique restreint le champ des résultats possibles et empêche le juge de se prononcer selon son bon vouloir.

⁴ N°87 et s. Affirmer que le contrôle est une modalité du contrôle du respect de la hiérarchie des normes permet de montrer qu'il n'autorise pas le juge à s'affranchir des règles écrites pour élaborer son jugement.

466. Définitions préliminaires de l'équité

Pour cela, il faut d'abord comprendre ce qu'est l'équité, notion au caractère « *fuyant et mystérieux* »¹. Pour de bonnes raisons, elle est mal perçue par les juristes français, qui implorent avec leurs ancêtres de l'Ancien régime, « Dieu nous garde de l'équité des parlements ». Il est certain que l'équité, embrassée par les juges, marque leur insoumission au droit étatique, qui est de nos jours supposé être une expression de la volonté générale. Il apparaît cependant que, en dépit des efforts constants réalisés pendant des siècles pour faire disparaître l'équité des jugements, celle-ci reparait toujours sous une forme ou sous une autre, tantôt comme un spectre qui « *hante encore le droit* »², tantôt au grand jour. Serait-elle alors inhérente à la juridiction ? Un retour à des racines plus profondes de notre civilisation que sont la philosophie antique et sa réception par la scolastique semble l'indiquer. Il en ressort une vision différente de l'équité, de laquelle diverge l'équité honnie des juristes français, et qui invite à distinguer l'équité comme processus de jugement et l'équité comme qualité du jugement obtenu, le jugement en équité du jugement équitable. En somme, le Doyen Carbonnier dit du mot que « *tantôt il s'envole à la hauteur de la philosophie, pour retrouver les règles d'une justice idéale, tantôt il retombe, plus prosaïquement, sur le terrain de la pratique judiciaire* »³.

Cette distinction posée, il apparaît que le contrôle concret permet de rendre une décision équitable sans pour autant statuer en équité, faisant miroiter la possibilité de toucher du doigt l'équité d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin sans passer par l'équité des Parlements. Le pouvoir du juge serait encadré pour permettre de poursuivre à la fois la Justice et le respect du droit, au moyen de la concrétisation du contrôle hiérarchique.

Pour tenter cette réconciliation, il faut observer avec sérieux la crainte de l'équité (**Paragraphe I**), qui, pour fondée qu'elle soit, ne devrait pas empêcher la poursuite encadrée de l'équitable (**Paragraphe II**).

Paragraphe I : La crainte de l'équité

467. Équité justement redoutée

La crainte de l'équité s'explique, mais se justifie-t-elle ? Depuis l'affirmation du pouvoir royal, l'équité est redoutée comme un pouvoir du juge, lui permettant de priver de toute effectivité la loi édictée par le Roi puis par les représentants du peuple (A). L'équité, cependant, avant de désigner un processus de jugement, en faisant en

¹ Molfessis (Nicolas), « L'équité n'est pas une source du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1998, p. 221.

² Manai (Dominique), entrée « Équité », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

³ Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°9.

quelque sorte un concurrent du syllogisme, est une qualité que peut présenter une décision, et, de ce fait, une finalité que la Justice doit poursuivre (B).

A : L'équité, affirmation condamnable du pouvoir du juge

468. **Équité et séparation des pouvoirs** La vision contemporaine de l'équité des juristes français provient directement des souvenirs de l'Ancien régime (1) et de ses suites, la loi étant mise au pinacle dès la Révolution pour la combattre (2), sans toutefois parvenir à la faire disparaître (3).

I : L'équité, souvenir de l'Ancien régime

469. **L'équité, une pratique régressive ?** Les références contemporaines à l'équité sont presque toujours tournées vers le passé. La pratique de l'équité constituerait un retour en arrière, qui s'inscrirait contre le progrès en effaçant des évolutions positives du droit ou du système juridique, et non pas une évolution nouvelle, peu important qu'elle soit positive ou négative. Il est courant de parler de retour à l'équité¹.

Le moins que l'on puisse dire est que les juristes ne font ici preuve d'aucun conservatisme, l'argument de l'usage passé de l'équité étant utilisé pour la critiquer et la faire passer pour rétrograde. Sans doute est-ce la marque d'un certain traumatisme, la pensée contemporaine sur l'équité semblant encore largement guidée par la perception de cette notion sous l'Ancien régime. Il est dans ce sens relevé que « *méfiance ancienne et haine tenace résumant son étrange destin [de l'équité]* »².

Le caractère rétrograde de l'équité n'est cependant qu'un moyen sophistique de critique, l'ancienneté d'une notion n'étant pas un motif de rejet de celle-ci. Au moyen de l'invocation de son utilisation sous l'Ancien régime, la critique de l'équité cherche à s'inscrire dans la droite ligne de la perception qui en avait cours à cette époque, celle-ci manifestant l'arbitraire des parlements, qui considéraient avoir la faculté de refuser de recevoir et d'appliquer les législations royales, source de droit d'importance croissante à partir de la renaissance³. L'équité, en ce sens, serait un prétexte employé par le juge pour décider selon ses propres vues plutôt que d'appliquer la loi.

L'équité invoquée au XXI^e siècle, en résumé, cristallise « *les peurs que suscitait l'arbitraire de*

¹ Gautier (Pierre-Yves), « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55 ou Lassale (Alice), « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *Revue des droits de libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2018, chronique n°25.

² Salas (Denis), « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, Dalloz, 1998, n°9, p. 109.

³ Nemo (Philippe), *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, PUF, 2002, p. 455 et s.

son utilisation par la justice de l'ancien régime »¹, ou ravive « le souvenir d'un arbitraire malheureux, lié à l'Ancien droit français »². Cette vision du passé expliquerait le fait que, aujourd'hui, « l'équité sent le souffre [sic] en France car elle y est perçue comme un blanc-seing donné au juge pour statuer selon ses humeurs ou ses convictions [et qu'elle] serait le manteau sous lequel se cachent son arbitraire et son ignorance de la loi »³.

470. Lutte contre l'équité sous l'Ancien régime Cette perception négative de l'équité sous l'Ancien régime semble bien enracinée. Sans qu'il soit possible de revenir en détail sur les nombreux écrits concernant l'usage et la perception de la notion durant l'époque monarchique, il faut relever que le combat contre l'usage de l'équité par les Parlements a été à peu près constant au fil de siècles. « L'ordonnance de Blois de mai 1579, ainsi que l'ordonnance civile sur la réformation de la justice d'avril 1667, interdisaient aux juges toutes références à l'équité dans leurs décisions »⁴. Le Chancelier d'Aguesseau peut d'ailleurs être cité, définissant l'équité comme un « dangereux instrument de la puissance des juges »⁵. Ces éléments suffisent à rappeler que l'équité tire sa mauvaise réputation de l'Ancien régime⁶, justifiant que la Révolution ne marque pas sa réhabilitation, mais l'intensification de la lutte par des moyens nouveaux.

2 : La lutte contre l'équité, affichage de la primauté de la loi

471. Tentatives d'endiguement L'équité, et la lutte contre sa pratique, apparaissent fortement liées à la question de la place de la loi. En effet, l'équité étant perçue comme la liberté prise par le juge de juger sans appliquer la loi, la promotion effective de la loi fait reculer l'équité, tandis que le défaut d'application de la loi fait le lit de l'équité. Le moyen le plus évident de lutter contre les jugements rendus en équité semble de ce fait de donner une place plus importante à la loi en concevant l'office du juge comme sa pure et simple application.

¹ Sorel (Jean-Marc), « Equité », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°5.

² Trigeaud (Jean-Marc), « Ontologie de l'équité », *McGill Law Journal*, McGill Faculty of Law, Montréal, 1989, volume 34, p. 422.

³ Girardet (Alain), « L'équité du juge : et si on levait le voile ? », *Justices*, Dalloz, 1998, n°9, p. 1.

⁴ Albiges (Christophe), « Equité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°4.

⁵ d'Aguesseau (Henri François), *Mercuriale sur l'autorité du magistrat*, IXe Mercuriale, 1759, in *Œuvres complètes*, Pardessus, 1819, Tome I, p. 138-139. Aguesseau de poursuivre sur l'équité : « hardie à former tous les jours des règles nouvelles, elle se fait, s'il est permis de parler ainsi, une balance particulière, et un poids propre pour chaque cause. Si elle paroît quelquefois ingénieuse à pénétrer dans l'intention secrète du législateur, c'est moins pour la connoître que pour l'éluder ; elle la sonde en ennemi captieux, plutôt qu'en ministre fidèle ; elle combat la lettre par l'esprit, et l'esprit par la lettre ; et, au milieu de cette contradiction apparente, la vérité échappe, la règle disparoît, et le magistrat demeure le maître ».

⁶ Quoique des voix discordantes se soient fait entendre. Bodin relevait que « la loi sans équité est un corps sans âme » (Bodin (Jean), *Six livres de la république*, Jacques du Puys, 1576, Livre VI, p. 734).

Cette promotion de la loi, qui n'a pas été une réussite sous l'Ancien régime, a été tentée avec plus de succès à partir de la Révolution, laissant des traces très marquées dans notre conception actuelle du droit et de la juridiction. Dans ce sens, « *l'équité a presque été totalement chassée de l'univers juridique formel au profit d'une dévotion portée à la loi* »¹.

Cette lutte contre l'équité, reprenant à son compte la crainte d'arbitraire qu'elle occasionnait sous l'Ancien régime, mobilisait également les philosophes des Lumières. La conception de l'office du juge promue par les révolutionnaires ne serait pas reniée par Montesquieu qui écrivait dans une formule restée célèbre que « *les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui ne peuvent en modérer ni la force ni la vigueur* »². Les révolutionnaires, en effet, « *se sont attelés à la totale disparition de l'équité judiciaire* »³, tentant tout à la fois de corseter le pouvoir du juge et de libérer celui du législateur, opérant un changement radical des équilibres établis. Comme moyens de ce changement, peuvent notamment être cités « *l'obligation de motiver, le référé législatif (loi des 16 et 24 août), la création du tribunal de cassation* »⁴. Le premier limitait les décisions que pouvaient prendre les juges à celles justifiables au moyen de la loi, le deuxième privait le juge de tout pouvoir d'interprétation, y compris face à une loi obscure, et le dernier assurait que tous les juges appliquent la loi de manière uniforme, le référé législatif visant à éviter que la cassation n'assume une fonction législative. Dans un temps à peine postérieur, l'impulsion codificatrice de Napoléon Bonaparte peut également en partie se lire comme un moyen d'affirmation du pouvoir exécutif et législatif contre celui des juges.

À beaucoup d'égards, et bien que les moyens d'endiguement mis en place par les révolutionnaires n'aient pas tous résisté à l'épreuve du temps, la perception de l'équité n'a pas véritablement changé, celle-ci restant vue comme une expression de l'arbitraire du juge, que le contrôle de proportionnalité ne ferait que ranimer. Il apparaît pourtant que l'équité ne peut de manière satisfaisante être totalement chassée de la juridiction, indiquant que ses racines peuvent l'ancrer plus profondément que dans une simple lutte de pouvoir entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire.

¹ Sorel (Jean-Marc), « Équité », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°5.

² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777, Livre IX, Chapitre VI, p. 327. Sur la postérité de la formule, et notamment son usage par les révolutionnaires, voir Dauchy (Serge), « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, n°256, p. 325.

³ Krynen (Jacques), *Le théâtre juridique, une histoire de la construction du droit*, Gallimard, 2018, p. 264

⁴ *Ibidem*, p. 268-269.

3 : L'impossible disparition de l'équité

472. **Absence de disparition hors de France** Les dangers de l'équité, qui sont rappelés par l'Histoire, de même que les tentatives de faire disparaître celle-ci ont été mentionnés. Il est ensuite nécessaire, avant de pouvoir se forger une vision de celle-ci, d'apprécier si ces tentatives visant à limiter l'emprise de l'équité ont été un succès. Cette observation révèle que l'équité n'a jamais totalement disparu.

Il semble d'abord qu'elle soit régulièrement présente en droit international, où elle « *est souvent envisagée comme un dernier recours pour le juge en l'absence d'une source écrite, d'une coutume ou d'un principe général de droit* »¹. L'équité est souvent utilisée par l'arbitre chargé de juger le différend entre deux états concernant le tracé de leur frontière terrestre, que cela soit parce qu'un traité l'y invite, ou en raison d'une insuffisante clarté des fondements disponibles². Il en est de même de la délimitation des limites maritimes. La Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer fait référence à l'équité, que cela soit pour la délimitation des zones économiques exclusives, des plateaux continentaux, ou pour l'accès aux ressources halieutiques des pays dépourvus d'accès au littoral³. L'exemple du droit international peut toutefois ne pas être entièrement convaincant au sujet de la persistance de l'équité, tant ses enjeux diffèrent de ceux d'une juridiction pratiquée dans un unique état, et dont les décisions sont dotées de la force exécutoire.

Des exemples de recours à l'équité peuvent être trouvés dans des législations nationales. C'est le cas en Égypte, où le Code civil de 1948 indique que, en l'absence de loi, de coutume ou de principe du droit musulman se prononçant sur une question, le juge « *aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité* »⁴. Plus proche de nous, le Code civil suisse indique que « *le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs* »⁵.

¹ Sorel (Jean-Marc), « Equité », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n°5.

² *Ibidem*, n°18.

³ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée à Montego Bay le 10 décembre 1982, spécifiquement articles 59, 69 et 83.

⁴ Code civil égyptien, article 1^{er}. Une traduction du Titre préliminaire a été publiée par le Ministère de la justice égyptien et l'Agence de la Francophonie à l'occasion du cinquantenaire du Code.

⁵ Code civil suisse, article 4. À la différence du Code égyptien, le Code civil suisse ne charge pas le juge de se prononcer en équité dans le silence de la loi. Son article 1^{er} dispose en effet, en son deuxième alinéa que « *à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* ». Au contraire, l'article 4 ne serait applicable que lorsque l'incomplétude de la loi est « *délibérée, en quelque sorte planifiée ou volontaire* » (Perrin (Jean-François), « Article 4 », in Pichonnaz (Pascal) et Foëx (Bénédict), *Commentaire Romand, Code Civil I, articles 1-359*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, n°2).

Ces exemples internationaux et étrangers montrent que l'équité est assumée dans des systèmes dont l'Histoire n'implique pas une crainte particulière à son égard. De même, si l'équité est redoutée en France, elle semble difficile à évincer du raisonnement juridique.

473. **Impossible disparition en France** L'équité semble encore, dans une certaine mesure, innover le raisonnement juridique pratiqué en France¹, étant d'ailleurs relevé que « *le*

Pour les commentateurs du Code, cette « *habilitation à statuer en équité dans le cadre de la loi* [qui] *constitue l'idée maîtresse* » de l'article 4 est « *originale et novatrice* », puisque « *l'article 4 justifie ces pouvoirs un siècle après le que le législateur français eut tenté de proscrire cette activité créatrice des juges, par crainte de l'arbitraire et de l'insécurité... et en réaction contre les abus commis par les juridictions de l'ancien régime* » (*ibidem*, n°19). Il est par ailleurs relevé que cette équité, qui ne s'exerce que dans le cadre des lacunes *intralegem* ne dispense pas le juge de « *motiver sa décision jusque dans les moindres détails* » (*ibidem*, n°22).

Le Code des obligations suisse de 1911, dans des dispositions qui demeurent en vigueur à ce jour, convoque également l'équité pour augmenter le pouvoir d'appréciation du juge dans l'attribution de dommages-intérêts. Par exemple, son article 29 prévoit que, quoi qu'elle ne soit pas engagée par le contrat consenti sous l'empire de la crainte, la victime est tenue d'indemniser son cocontractant si l'équité l'exige dans l'hypothèse où « *les menaces sont le fait d'un tiers et que l'autre partie ne les a ni connues, ni dû connaître* ». L'équité peut également être utilisée par le juge pour « *condamner une personne même incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé* » (article 54), dérogeant à l'article 41 du même Code interprété comme requérant la capacité de discernement de l'auteur d'une faute pour retenir sa responsabilité civile (Werro (Franz), « Article 41 », in Thévenoz (Luc) et Werro (Franz), *Commentaire Romand, Code des obligations I, articles 1-529*, Helbing Liechtenstein, Bâle, 2012, n°64).

¹ Elle est également présente dans le Code civil (ou de procédure civile dont l'article 700 demande au juge de « *tenir compte de l'équité* » dans tous les cas), la loi demandant parfois explicitement au juge d'analyser l'équité de la solution prescrite par la loi.

Ce n'est pas véritablement le cas concernant l'article 1194 issu de l'ordonnance de 2016, qui reprend en substance l'article 1135 ancien pour disposer que « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Ici, l'équité est plutôt utilisée pour interpréter le contrat dans ses silences et dans ses imprécisions, permettant au juge de « *combler les lacunes du contrat* » et non de le « *remodeler sous couvert d'équité* » (Deshayes (Olivier), Genicon (Thomas) et Laithier (Yves-Marie), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 627), quoique cette disposition puisse ouvrir la porte au « *forçage* » (Chénéde (François), « *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, n°125.41).

Il semble en être de même concernant l'article 815-13 qui indique que le juge doit calculer « *selon l'équité* » l'indemnité à laquelle a droit l'indivisaire ayant réalisé à ses frais des travaux d'amélioration (voir Leveneur (Laurent) et Mazeaud-Leveneur (Sabine), *Droit des biens, Le droit de propriété et ses démembrements*, LexisNexis, 2021 (1^{re} édition), n°125). Ici aussi, l'équité ne vient pas déroger à une solution posée par la loi, mais est instituée par le législateur comme le guide du juge. L'interprétation des auteurs semble diverger sur ce point, Monsieur Dross indiquant au contraire que ce n'est que si le remboursement de l'indivisaire à hauteur de la plus-value procurée au bien est contraire à l'équité que le juge doit statuer sur un montant différent (Dross (William), *Droit des biens*, LGDJ, 2021 (5^e édition), note *infrapaginale* n°82 p. 166).

Il est en revanche certain que l'équité vient affecter le pouvoir du juge vis-à-vis de la solution dictée par la loi concernant l'attribution d'une prestation compensatoire à la suite d'un divorce, l'article 270 disposant en son troisième alinéa que « *le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture* ». L'équité est ici utilisée pour évincer dans l'espèce le résultat donné par l'application de la loi. Cette exception d'équité viserait à « *moraliser* » le divorce et à « *éviter de dégouter les époux du mariage et de la justice* » (Maurie (Philippe) et Fulchiron (Hugues), *Droit de la famille*, Lextenso, LGDJ, 2023 (8^e édition), n°618). Il en est de même de l'article 1579 qui protège l'époux marié sous le régime de la participation aux acquêts de l'application des règles d'évaluation des biens qui conduirait à un résultat « *manifestement contraire à l'équité* » (sur ce point, voir Maurie (Philippe), Aynès (Laurent) et Péterka (Nathalie), *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2021 (8^e édition), n°463).

droit civil a parfaitement hérité de l'esprit de l'équité »¹. Monsieur Albiges indique dans ce sens qu'afin « *d'éviter les condamnations devenues prévisibles de motivations fondées sur de seuls motifs d'équité, les magistrats utilisent certains artifices au sein même de leurs raisonnements en respectant, tout au moins en apparence, la primauté de la règle de droit* »². L'équité avancerait masquée³, étant utilisée comme outil de raisonnement par le juge, avant d'être soigneusement cachée pour préserver l'apparence de la suffisance de la loi⁴. Plus précisément, le raisonnement du juge consisterait à d'abord appliquer la loi, pour constater l'incompatibilité du résultat obtenu avec l'équité⁵. Il inverserait⁶ alors son syllogisme pour partir du résultat compatible avec l'équité et aller vers une justification compatible avec les textes qu'il est supposé appliquer.

Le juge judiciaire aurait par le passé été moins timide, la Cour de cassation n'hésitant pas à convoquer explicitement l'équité. Il en est par exemple ainsi dans le célèbre arrêt Patureau⁷ précisant les modalités de l'action *de in rem verso*. Elle juge ici que « *cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée* ». L'équité a été utilisée pour suppléer au silence de la loi et venir corriger une injustice, celle-ci permettant

Dans ces hypothèses, sans doute l'équité n'encourt-elle pas les mêmes critiques, étant donné que c'est le législateur qui l'institue pour donner la solution du litige, et non le juge qui la convoque pour évincer la loi ou lui suppléer. Ici, pour le juge, juger en appliquant la loi, c'est juger en équité !

¹ Rouvière (Frédéric), « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 538. Pour l'auteur, l'équité « *s'est incarnée dans toute une série de règles et de catégories, de formes propres et autonomes donnant au droit sa précision, son ordre et sa structure. Cet héritage est inaliénable et il vit encore dans le droit contemporain* ».

² Albiges (Christophe), « Équité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°27.

³ Monsieur Molfessis relève pareillement que « *elle est soumise à un principe de discrétion qui lui impose, pour jouer son rôle, de ne prétendre jamais à l'avant-scène. Tout jugement peut bien inspirer de l'équité mais à la condition de n'expirer que du droit* » (Molfessis (Nicolas), « L'équité n'est pas une source du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1998, p. 221).

⁴ Par le passé, l'équité a trouvé de plus importants interstices pour se faufiler dans le raisonnement du juge. Entre l'entrée en vigueur de la loi du 25 mai 1838, dont l'article 15 fermait toute possibilité de pourvoi en cassation à l'encontre des décisions rendues par des juges de paix hormis pour les pourvois pour excès de pouvoir (destinés à sanctionner l'immixtion du juge dans les pouvoirs du législateur), et celle de la loi du 22 décembre 1915 dont l'article unique ouvre le pourvoi pour violation de la loi, le juge de paix pouvait explicitement statuer en équité sans que sa décision ne puisse être remise en cause pour cette raison. Le Doyen Carbonnier relève toutefois que « *l'ouverture, aujourd'hui générale, de ce type de pourvoi n'a pas, d'ailleurs, pour effet d'empêcher les jugements d'équité ; elle oblige seulement à leur donner un revêtement juridique* » (Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°14).

⁵ Il en va différemment lorsque les parties chargent le juge de statuer en équité. L'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile, qui permet de « *conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur* », est interprété comme « *un retour à la philosophie de la justice de paix* » (Cadiet (Loïc), Normand (Jacques) et Amrani-Mekki (Soraya), *Théorie générale du procès*, PUF, 2020 (3^e édition), n°50), ou, encore comme lui ouvrant la possibilité de rendre un « *jugement d'équité* » (Cadiet (Loïc) et Jeuland (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2020 (11^e édition), n°104).

⁶ Albiges (Christophe), « Équité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°28.

⁷ Cour de cassation, Chambre des requêtes, 15 juin 1892. Voir Capitant (Henri), Terré (François), Lequette (Yves) et Chénéde (François), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2*, Dalloz, 2015, n°241.

au juge de reconnaître une action en enrichissement sans cause totalement dépourvue de base légale. La découverte prétorienne fut un succès, à tel point que, lorsque l'enrichissement injustifié¹ fut codifié² par l'ordonnance du 10 février 2016³, des commentateurs du texte ont pu écrire que cet ajout était « *innovant pour le Code civil mais ordinaire pour le droit civil* »⁴, rappelant à quel point l'action élaborée par le juge avait trouvé sa place en droit français.

Cette référence à l'équité, dans un contexte général, pour justifier l'ouverture d'une action non prévue par les textes, peut surprendre. Dans la vision actuelle du phénomène, l'usage de l'équité, s'il est possible, semble plutôt devoir se limiter à des situations particulières. Monsieur Albiges relève que « *toute référence à l'équité doit être motivée par la recherche d'une solution correspondant aux exigences du cas particulier* », et que « *cette référence a en effet pour objet de permettre au juge d'équilibrer une situation en fonction de considérations directement liées à l'espèce, indépendamment des exigences collectives* »⁵, faisant de l'équité un mécanisme correctif d'ultime recours pour les situations particulières où la loi produit un résultat aberrant. Peut-être l'est-elle moins face au constat que, quoique manifestement engagés dans une démarche devant donner une place de première importance à la loi, les pères du Code civil réservaient une place résiduelle à l'équité. Dans des propos restés célèbres, Portalis indiquait que « *si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité, [celle-ci étant] le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* »⁶, vision qui est parfaitement compatible avec l'arrêt Patureau. La référence à l'équité aurait même dû trouver sa place dans le Livre préliminaire du Code civil⁷, qui n'a finalement jamais

¹ Le législateur a pris soin de rebaptiser l'institution pour faire disparaître le mot « *honn* » de cause (Chénéde (François), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, n°134.06).

² Code civil, articles 1303 et suivants.

³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁴ Deshayes (Olivier), Genicon (Thomas) et Laithier (Yves-Marie), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 627.

⁵ Albiges (Christophe), *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, n°502.

⁶ Portalis (Jean-Etienne-Marie), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1801, reproduit dans Ewald (François) (dir.), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p.35. Il faudrait toutefois se méfier de l'utilisation du Discours préliminaire de Portalis comme une aide à l'interprétation du Code civil napoléonien. Le Recteur Beigner relève en effet que « *il n'expose pas comme on le croit, habituellement, les idées contenues dans le Code, mais plutôt celles que son auteur aurait souhaité voir consacrées* », analysant que « *l'échec du livre préliminaire explique (...) la rédaction du discours préliminaire comme une sorte de viatique* », le célèbre discours lui laissant « *l'impression d'un plaidoyer pour des idées que l'on serait bien en peine de découvrir dans le Code* » (Beigner (Bernard), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de science juridique*, Société pour l'histoire des Facultés de droit, n°6, 1988, p. 77 et s.).

⁷ L'article 11 de son titre V disposait : « *Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive* ». Reproduit dans Ewald (François), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p. 92 et s., spécialement p. 96.

été promulgué¹.

L'équité est présente dans la législation et dans la juridiction, que l'on s'emploie à la cacher ou qu'on l'y accueille. Cela peut signifier que la notion présente des assises plus profondes que dans la simple volonté du juge d'accaparer le pouvoir du législateur. Pour les déterrer, il faut creuser plus profondément l'Histoire et la définition de cette notion.

B : L'équité, finalité idéale de la Justice

474. **L'équité avant la séparation des pouvoirs** En prenant ses distances vis-à-vis de la conception péjorative de l'équité dictée en France par le souvenir des Parlements², il apparaît que « *la réalité de l'équité ne correspond guère à la réputation déformatrice qu'on lui fait* »³. La vision qu'avait de l'équité Aristote, et, à sa suite, Saint Thomas d'Aquin, révèle en effet que celle-ci est indispensable à la Justice (1), quoique, sous sa forme la plus pure, elle ne puisse être directement poursuivie par le juge contemporain (2).

I : La nécessaire équité d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin

475. **Reconnaissance des limites de la généralité** La convocation de l'équité pour donner la solution de certaines affaires passe nécessairement par la reconnaissance des limites de la loi générale, qui la rendent nécessaire. La doctrine d'Aristote et sa réception dans la chrétienté par la scolastique de Saint Thomas font toutes deux preuve d'une pensée remarquablement mesurée sur la question, développant un point de vue qui reconnaît la vertu de l'existence d'une loi générale et impersonnelle sans pour autant taire ses limites. Aristote indique que : « *toute loi est générale, (...) elle embrasse ce qui arrive le plus communément* »⁴. Le rôle de la loi est posé : celle-ci doit se prononcer sur le *plerumque fit*, le cas qui se présente le plus souvent, et ne peut sans se perdre chercher à régler le détail de chaque situation susceptible de se présenter au juge. Ce caractère général de la loi, que ne renierait pas Portalis⁵,

¹ Sur le contenu de ce Livre préliminaire, voir Gautier (Pierre-Yves), « Pour le rétablissement du livre préliminaire du code civil », *Droits*, PUF, 2005, n°41, p. 37. Sur les « *débats virulents* » auxquels son rejet fait suite, voir Beigner (Bernard), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de science juridique*, Société pour l'histoire des Facultés de droit, n°6, 1988, p. 77 et s., spécialement p. 84-91.

² C'est seulement sous l'Ancien régime qu'aurait commencé « *l'ère du soupçon dans l'histoire du concept* ». Manai (Dominique), entrée « *Equité* », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

³ Trigeaud (Jean-Marc), « Ontologie de l'équité », *McGill Law Journal*, McGill Faculty of Law, Montréal, 1989, volume 34, p. 422.

⁴ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

⁵ « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* », (Portalis (Jean-Etienne-Marie), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1801, reproduit dans Ewald (François) (dir.), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p.35).

est encore de l'essence de la loi aujourd'hui¹.

Son corollaire malheureux est que la loi n'a pas pour objet de régir les situations extraordinaires, se trouvant à la marge de ses prévisions, et est inapte à le faire de manière un tant soit peu satisfaisante. Dans une approche légicentriste, il est possible de refuser de voir cette conséquence logique de la généralité de la loi, pour se satisfaire dans tous les cas de l'application d'une règle générale à des situations particulières en se désintéressant de ses conséquences. Ce n'est cependant pas la position d'Aristote, qui admet qu'il y a « *des cas sur lesquels il n'est pas possible de prononcer généralement avec une parfaite justesse* »². De même, pour Saint Thomas d'Aquin, « *même si quelque chose est vrai dans la plupart [des cas], il fait toutefois défaut en quelques [cas]* »³. Plus tard, Montaigne soutiendra en substance la même impossibilité pour la loi de régir les situations particulières, retenant que « *la multiplication de nos inventions, n'arrivera pas à la variation des exemples* »⁴.

Point n'est besoin d'une fiction exemptant la loi et le résultat de son application de toute critique dès lors qu'un syllogisme la désigne comme étant applicable à une situation, puisque « *l'erreur ne vient ni de la loi, ni du législateur, mais de la nature même de la chose, puisque la matière des actions humaines est précisément telle* »⁵ que de relever du détail qui ne peut être embrassé toujours par la loi commune. La démarche de généralisation de la loi est comprise et acceptée dans ses conséquences positives et négatives, comme l'est celle du « *naturaliste [qui] dit que l'homme a cinq doigts alors que pourtant il sait que par erreur de nature il arrive parfois que certains en aient plus ou moins* »⁶. Il ne faut dès lors pas voir dans ces démarches une critique

¹ Voir par exemple Atias, qui relève comme une évidence que « *La règle n'est jamais suffisante, même lorsqu'elle tente d'aller jusqu'au plus infime détail* ». Atias (Christian), *Epistémologie du droit*, PUF, 1994, p.118.

² Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

³ Saint Thomas d'Aquin, *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote*, n°1084.

⁴ Montaigne, *Les essais*, Livre III, Chapitre XIII. Pour le contexte : « *Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers, et y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion, avec l'infinie diversité des actions humaines. La multiplication de nos inventions, n'arrivera pas à la variation des exemples. Ajoutez-y en cent fois autant : il n'advient pas pourtant, que des événements à venir, il s'en trouve aucun, qui en tout ce grand nombre de milliers d'événements choisis et enregistrés, en rencontre un, auquel il se puisse joindre et appaier, si exactement, qu'il n'y reste quelque circonstance et diversité, qui requière diverse considérations de jugement* ».

⁵ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

⁶ Saint Thomas d'Aquin, *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote*, n°1084.

de la loi, mais seulement une tentative de compréhension de celle-ci¹, une reconnaissance des limites qu'implique nécessairement son caractère général².

476. **Solution à ces limites**

Une fois constatées les limites, comment les traiter pour éviter la survenance de leurs effets néfastes ? Quel remède à la situation concrète où la loi est applicable mais produit un résultat contraire à la justice ? Le docteur angélique pose l'exemple de la règle selon laquelle l'objet donné en dépôt doit être rendu en nature, qui interroge « *si on rend une épée à un fou furieux* »³, ou d'une cité punissant de mort les étrangers qui montent sur ses remparts devant juger de tels étrangers ayant gravi les fortifications pour défendre la ville contre une horde d'envahisseurs⁴.

Pour Aristote et Saint Thomas, ces cas seront traités au moyen de l'équité, qui permettra au juge de ne pas se prononcer en appliquant la loi générale, mais en prenant en compte la particularité du cas qu'il doit traiter. Le juge rendra « *une décision particulière* »⁵, qui ne sera pas fondée sur la règle de droit, et dont la solution s'écartera de celle qu'aurait donné l'application de la règle. Le recours à l'équité permet ici de sortir du cadre de la légalité à cause de la particularité de l'espèce pour juger selon un mode de raisonnement totalement différent, en se fondant sur une forme de droit naturel. Aristote explique cela au moyen d'une analogie éclairante, citant « *ces règles de plomb, dont les Lesbiens [les habitants de l'île de Lesbos] font usage dans leurs constructions, et qui, s'adaptant à la forme de la pierre, ne conservent pas l'invariable direction de la ligne droite* »⁶. Le résultat de cette éviction de la règle de droit est qu'un objectif supérieur au respect de la loi est atteint, puisque « *les deux sont bons, à savoir le juste légal et l'équitable, l'équitable est meilleur* »⁷.

477. **Équité et juridiction**

Ces éléments permettent de voir que, dans la conception aristotélicienne, l'équité est une modalité de la juridiction supérieure à l'application de la règle de droit, qui doit lui être préférée dès lors que le cas rencontré s'éloigne de ce qui avait été

¹ Saint Thomas poursuit à propos d'Aristote : « *il montre que le défaut mentionné n'enlève pas la rectitude de la loi ou du juste légal ; en disant que, bien que ce puisse être fautif en quelques cas d'observer la loi, la loi est néanmoins correcte, du fait que cette faute n'est pas de la part de la loi, car elle a été posée de manière raisonnable, ni de la part du législateur, qui a parlé en conformité avec la condition de la matière, mais c'est la faute de la nature de la chose* » (Saint Thomas d'Aquin, *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote*, n°1085).

² De la même manière, le Doyen Carbonnier note que « *la règle de droit, rédigée par le législateur abstraitement, peut se retrouver in concreto injuste* » (Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°9).

³ Saint Thomas d'Aquin, *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote*, n°1085.

⁴ *Ibidem*, n°1086.

⁵ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Saint Thomas d'Aquin, *Commentaire de l'Éthique à Nicomaque d'Aristote*, n°1081.

anticipé par le législateur. Cela implique que « *l'interprétation juridique n'est pas interprétation de la seule loi, mais interprétation d'une justice que la loi est censée respecter et exprimer* »¹, justifiant que la loi ne soit appliquée qu'autant qu'elle est conforme à la justice.

L'équité est une vertu désirable et nécessaire dans toute justice. Mais, elle est aussi une technique de jugement qui laisse le juge statuer sans appliquer les normes établies par les représentants du peuple, de la même manière qu'elle était utilisée par les Parlements pour méconnaître les législations royales. À ce titre, elle ne peut être appliquée dans notre système juridique dans la forme que lui donnent Aristote et Saint Thomas d'Aquin.

2 : *L'impossibilité de la poursuite de cette équité par le juge*

478. **Cohabitation de l'application de la loi et de l'équité** La conception aristotélicienne de l'équité reconnaissant à la loi la faculté de régir de manière satisfaisante la plupart des situations, il est bien des cas où le jugement en équité et le jugement selon la loi écrite donneront lieu au même résultat. Lorsque les cas envisagés par le législateur lors de l'élaboration de la loi collent de près à la situation d'espèce sur lequel le juge doit statuer, l'éventuelle iniquité du résultat obtenu par son application ne proviendra pas de l'inadéquation entre l'espèce et la loi, mais de la loi elle-même, question de la loi inique différente de celle qui nous intéresse ici. De ce fait, un résultat équitable peut parfaitement être atteint par la simple application de la loi, puisque ses auteurs, « *attentifs à ce qui se produit le plus souvent, ont porté des lois en ce sens* »².

L'équité n'est pas seulement une méthode employée par le juge pour parvenir à une décision, mais désigne également une qualité s'appliquant à ce jugement. La décision équitable est une décision conforme à l'équité, qu'elle ait été obtenue par un juge se faisant le prêtre d'un droit naturel, ou par un juge appliquant rigoureusement une loi qui se trouve avoir été conçue conformément à l'équité et parfaitement correspondre à l'espèce rencontrée.

Le problème survient lorsque l'application de la loi et de l'équité comme méthode de jugement ne permettent de parvenir à un résultat pareillement équitable. C'est là qu'il apparaît que l'équité aristotélicienne et le respect de la norme écrite adoptée selon un processus démocratique, telle que la connaît notre société contemporaine, sont incompatibles.

¹ Trigeaud (Jean-Marc), « Ontologie de l'équité », *McGill Law Journal*, McGill Faculty of Law, Montréal, 1989, volume 34, p. 422.

² Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique, Secunda secundae, Questio n°120, article 2.*

479. **Dépassement de la loi par l'équité** La loi écrite, si elle vise à produire la plupart du temps une solution équitable, ne peut, du fait de sa généralité, produire systématiquement ce résultat. Ce n'est en effet pas son objectif que de parvenir systématiquement à l'équité, celle-ci visant seulement à régir la généralité des situations de la manière la plus équitable possible. Il y a donc une différence de nature entre le jugement en équité et le jugement appliquant la loi, peu important la possible identité de caractère équitable du résultat. Par conséquent, pour Aristote, l'homme équitable (considérons ici le juge équitable), « *c'est celui qui, dans ses déterminations et dans ses actions, sait s'écarter de la justice rigoureuse quand elle peut avoir des inconvénients, et qui, s'appuyant toujours sur la loi, sait en adoucir la rigueur* »¹, le fait de s'appuyer sur la loi ne signifiant pas l'appliquer. Saint Thomas explique plus clairement la chose, relevant au sujet de l'épikie² que « *si l'on appelle justice légale uniquement celle qui obéit à la loi selon la lettre, alors l'épikie ne fait pas partie de la justice légale, mais de la justice prise dans son sens général, et elle se distingue de la justice légale comme la dépassant* »³.

480. **Distinction et hiérarchisation de l'équité et de la justice** Par conséquent, si Aristote pose que « *la Justice et l'Équité ne sont ni absolument identiques, ni génériquement différentes* »⁴, ce n'est qu'en considération du résultat produit. Le Stagirite établit en effet une distinction nette entre justice légale (qui consiste en l'application de la loi), et équité. Il s'en déduit que, si une décision prise au terme d'une démarche de justice légale peut tout à fait être incidemment juste, loi et équité se situent sur deux plans différents, le fait qu'une décision ait été prise en application de la loi n'impliquant pas que celle-ci soit conforme à l'équité. Pour parvenir à une décision équitable, il faudrait raisonner en étant prêt à ne pas appliquer la loi et à décider à la lumière d'autres éléments. Autrement dit, « *l'équité apparaît comme un droit affranchi de règles* »⁵.

L'équité visée par Aristote semble impliquer que le référentiel commandant la décision exclue toute règle écrite et générale, ne tolérant sans doute que des lois naturelles qu'il appartient à chacun de prendre en compte dans la détermination de sa conduite propre. Dans ce sens, sans doute Antigone agit-elle avec l'équité à l'esprit lorsqu'elle décide de ne pas appliquer la loi

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Chapitre V.

² Pour le docteur angélique, l'épikie est une intelligence dans l'application de la loi permettant de la réaliser conformément à la vertu de justice. Elle peut, en ce qui concerne ces développements, être tenue pour synonyme de l'équité aristotélicienne, Saint Thomas utilisant aussi ces deux notions de manière interchangeable.

³ Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique, Secunda secundae, Questio n°120*, article 2.

⁴ Aristote, *l'Éthique à Nicomaque*, Livre V.

⁵ Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°9. L'auteur met en italique la partie que nous soulignons.

proclamée par le souverain interdisant d'enterrer Polynice, préférant écouter la loi naturelle ou divine lui commandant de donner une sépulture à son frère. Ainsi Sophocle la fait-elle s'adresser à Créon : « *je n'ai pas cru que tes édits pussent l'emporter sur les lois non écrites et immuables des Dieux, puisque tu n'es qu'un mortel* »¹.

Si cette apostrophe d'Antigone contient l'idée d'une hiérarchie des normes, l'héroïne plaçant la loi naturelle au-dessus de la loi du souverain en ne se conformant à cette dernière que si elle ne contredit pas la première, la différence avec notre contrôle de proportionnalité se situe dans la nature des normes prises en compte dans la hiérarchie. Ce qui fait qu'Antigone agit avec équité n'est pas son respect de la hiérarchie des normes, mais le fait que les normes placées au sommet de sa hiérarchie ne sont pas écrites, et ne sont pas issues (ou vues comme issues) de la seule rationalité et volition humaine, provenant des divinités. Il apparaît ainsi avec Sophocle et Aristote que c'est en cessant de raisonner sur des lois écrites et avec les outils de la raison que l'on poursuit volontairement l'équité².

Les juges pratiquant le contrôle de proportionnalité évincent-ils de la sorte la loi écrite de leur raisonnement, ou ont-ils trouvé un moyen de concilier le respect des normes écrites avec la poursuite d'un résultat conforme à l'équité ?

Paragraphe II : La poursuite encadrée de l'équitable

481. **La proportionnalité, outil d'une équité souhaitable** L'équité est insupportable quand elle est un outil permettant au juge de juger en faisant fi des normes écrites, et indispensable quand elle est considérée comme une qualité qu'un jugement peut présenter. Le nœud du problème, concernant le contrôle de proportionnalité, est de savoir s'il s'agit d'une modalité permettant de juger en équité ou d'un processus permettant de parvenir à une décision équitable. Au premier abord, la proportionnalité peut sembler se rapprocher du premier, ce qui en ferait un dangereux outil de prise de pouvoir du juge (A). Il semble cependant que, la technique existante du contrôle concret permette plutôt de favoriser l'obtention de solutions équitables (B).

¹ Sophocle, *Antigone*, in *Tragédies de Sophocle*, Charpentier, 1859, p.296.

² Pour Monsieur Raynaud, « *la notion d'équité renvoie avant tout aux conditions de réalisation de la justice ou du droit, qui peuvent conduire à s'écarter de la loi pour mieux réaliser ses fins. La valorisation de l'équité ne semble donc possible à première vue que dans le cadre d'une philosophie qui accepte l'idée d'une imperfection essentielle (et non pas simplement contingente) de la loi et, inversement, les théories qui donnent la prééminence au principe de légalité dans la définition du droit ou de la justice devraient apparemment être conduites sinon à refuser la notion d'équité, du moins à en limiter sévèrement la portée* ». Raynaud (Philippe), « L'équité dans la philosophie politique », in Lambert (Thierry) (dir.), *Égalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 3.

A : L'apparente équité de la proportionnalité

482. **La proportionnalité, apparence de l'équité crainte** La proportionnalité est un révélateur d'une certaine équité déjà présente dans le processus de décision du juge (1). En rendant visible l'équité, elle rend possible son encadrement par l'établissement d'une méthode (2).

1 : La proportionnalité, révélateur d'équité

483. **Dévoilement** L'équité aristotélicienne, au sens large, a pour objet la prise d'une décision en se fondant sur la situation particulière considérée, et non seulement sur les normes abstraites régissant celle-ci. Il a également été rappelé que le juge a de tout temps eu recours à des procédés lui permettant cette prise en compte des faits de l'espèce dans sa décision¹. Or, dans un système rejetant toute référence à l'équité, cette prise en compte s'est faite par des moyens détournés, le juge déguisant sous les aspects d'une stricte application de la loi un raisonnement prenant en compte l'opportunité de l'application de la règle, par exemple au moyen du syllogisme inversé, ou encore du choix réalisé entre plusieurs interprétations d'un texte².

Lors d'un contrôle de proportionnalité, point n'est besoin de tels faux-semblants. Le caractère concret de cette modalité du contrôle de la hiérarchie des normes implique en effet que son objet est de vérifier les effets de l'application de la loi à une situation particulière, offrant la possibilité d'un correctif à la généralité de la loi. La prise en compte de la situation particulière est par conséquent directement visible, jusque dans le résultat du contrôle qui, en cas de succès, est l'éviction de la règle de droit applicable, qui sera mise de côté pour décider la solution au cas présent en application d'une règle de valeur supérieure. Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes dévoile une équité qui a toujours été pratiquée.

484. **Critique de l'équité dévoilée** Ce dévoilement opéré par le contrôle concret, rend compréhensibles au premier abord les critiques le qualifiant de jugement en

¹ *Supra* n°473.

² Le doyen Carbonnier développe un parallèle entre l'équité du jury populaire et celle du juge professionnel : « *il arrive que, du point de vue de la logique, un verdict d'assises étonne ou fasse scandale, parce qu'un meurtrier avéré est déclaré n'être pas coupable d'un meurtre pourtant évident : c'est que le jury a préféré nier l'évidence, plutôt que d'être cause d'une condamnation conforme à la loi, mais contraire à ce qui lui semblait l'équité. Or, il ne faut pas croire que cette manière de juger soit étrangère aux juges professionnels. Seulement, ils savent la revêtir d'une forme juridique : entre deux interprétations de la loi, entre deux théories construites pour compléter la loi, ils inclineront bien souvent à choisir non pas celle qui est, en général, la plus exacte, mais celle qui est, dans le cas particulier, la plus équitable* » (Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017, n°9, l'auteur met en italique le passage que nous soulignons).

équité.

Cela est valable pour autant que soit retenue de l'équité une définition assez large, sans distinguer entre l'équité comme un mode de raisonnement ou comme une qualité du résultat du raisonnement, notant simplement que « *l'équité est l'application de la norme au cas concret, [elle] applique la norme de justice à ce cas, et non la norme de droit qui toutefois la contient comme un présupposé* »¹. Cet effet de dévoilement du contrôle concret a été résumé par le récent rapport des États généraux de la justice, qui relève à propos de la loi que « *le juge n'en était déjà plus la bouche de longue date [mais que ce] qui est nouveau, c'est qu'il doit explicitement exercer son contrôle sur la loi elle-même* »², citant le développement du contrôle de proportionnalité. Le même rapport précise que « *ce ne sont plus les exigences de l'interprétation de la loi et de son application aux cas concrets ignorés du législateur, mais l'internationalisation et l'eupéanisation du droit qui ont largement contribué à la remise en cause de la conception légicentriste française en ce qu'elles permettent désormais au juge, non plus de créer du droit dans les interstices de la loi, mais de se placer en surplomb de cette même loi* »³.

Il apparaît dès lors clairement que, dans une certaine mesure, « *proportionnalité rime avec équité* »⁴. Ce constat permet de voir que le contrôle de proportionnalité peut être utilisé à profit pour limiter l'équité du juge, quoique l'analyse du mécanisme du contrôle concret indique qu'il s'agit plus vraisemblablement d'une rime pauvre que d'une rime riche.

2 : La méthode de la proportionnalité, inhibiteur d'équité

485. **Opportunité offerte par le dévoilement** De manière contre-intuitive, la révélation d'une certaine forme d'équité pratiquée par le juge opérée par le contrôle dit de proportionnalité semble plus à même de mener à un encadrement de celle-ci qu'à une prolifération. Là où l'équité était auparavant nécessairement refoulée dans des étapes préliminaires au raisonnement syllogistique, insuffisamment détaillées pour qu'elle soit visible, ou camouflée dans un cheminement de la pensée artificiellement construit *ex post*, la proportionnalité ne fait pas mystère de son résultat possible, ne pas appliquer la loi dans une

¹ Trigeaud (Jean-Marc), « Ontologie de l'équité », *McGill Law Journal*, McGill Faculty of Law, Montréal, 1989, volume 34, p. 422. L'auteur met en italique les passages par nous soulignés.

² Rendre justice aux citoyens, Rapport du comité des États généraux de la justice, remis en avril 2022, disponible sur le site internet du Ministère de la justice, p. 11.

³ Rendre justice aux citoyens, Rapport du comité des États généraux de la justice, remis en avril 2022, disponible sur le site internet du Ministère de la justice, p. 103.

⁴ Sériaux (Alain), « Quand proportionnalité rime avec équité », *Cahiers de méthodologie juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, n°32, 2018, p. 2071.

situation où elle est pourtant applicable.

486. Portée du dévoilement : absence de promotion de l'équité par la proportionnalité

Il serait toutefois hâtif de déduire de la révélation une promotion ou une adoption sans limites de l'équité. Au contraire, l'équité étant perçue dans notre système comme une menace de prise de pouvoir du juge, d'immixtion dans le pouvoir législatif et d'arbitraire, il semble que la rendre visible soit à même de permettre son observation et son encadrement. Là où l'équité cachée, invisible dans la motivation du juge¹, relève de la magie noire, l'équité rendue visible par la proportionnalité est largement soluble dans la technique et devient un simple élément de la méthode du juge, qui peut être analysé, apprécié rationnellement, débattu et encadré. L'équité, pour ce qu'elle est contenue dans la proportionnalité, en devenant visible, se trouve soumise à l'exigence de motivation, obligeant le juge à présenter son raisonnement avec une apparente rationalité et reproductibilité. Si cela ne permet pas une parfaite prévisibilité de la solution qui sera retenue dans telle ou telle affaire², le progrès par rapport à une équité avançant masquée n'en est pas moins réel. Plus encore, le dévoilement de l'équité opéré par la proportionnalité ouvre des perspectives d'encadrement technique beaucoup plus larges, la règle de procédure ou la trame de jugement devenant à même d'influer sur cette équité, montrant que la proportionnalité tient plus vraisemblablement de l'équité s'agissant du résultat obtenu que du processus ayant permis d'y parvenir, ce jugement en équité impliquant un arbitraire du juge ici absent tant ce juge peut être astreint à des exigences méthodologiques posant des limites effectives à son pouvoir.

Ce constat est émis par Madame Legendre en se fondant sur l'encadrement du juge par la règle de droit international privé, et semble pouvoir être étendu à la règle procédurale interne. Elle affirme que « *la proportionnalité sert au contraire de rempart au libre déploiement de la subjectivité du juge en lui imposant d'apprécier méthodiquement la solution obtenue par l'application des règles de droit international privé* »³. Le juge apparaît dès lors contraint dans son raisonnement, la proportion de l'équité devenant visible l'obligeant à justifier rationnellement celle-ci dans une démarche qui éloigne le juge du jugement en équité.

¹ M. Albiges relève que « *afin d'éviter les condamnations devenues prévisibles de motivations fondées sur de seuls motifs d'équité, les magistrats utilisent certains artifices au sein même de leurs raisonnements en respectant, tout au moins en apparence, la primauté de la règle de droit* » (Albiges (Christophe), « Equité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°27).

² *Supra* n°431.

³ Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p. 182.

L'équité du contrôle de proportionnalité se trouve par conséquent plus dans le résultat obtenu au terme du jugement que dans le processus de jugement lui-même.

B : La réelle poursuite du caractère équitable de la décision

487. **La proportionnalité, outil de l'équité de la solution** Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes rend possible de respecter l'équité sans pour autant renoncer à l'application de la norme (1), permettant que le résultat du contrôle soit équitable sans qu'il soit le produit d'un jugement en équité (2).

1 : Le respect de l'équité sans sacrifice de la norme

488. **Jugement en équité ou contrôle hiérarchique ?** En apparence, le contrôle dit de proportionnalité ayant pour conséquence possible de ne pas appliquer au litige la loi au sens strict, conduirait le juge à statuer en amiable compositeur, en équité¹. Il jugerait selon des considérations autres que les lois écrites la solution à apporter au différend.

Cette affirmation est cependant critiquable, semblant perdre de vue la fonction de l'outil qu'est le contrôle de proportionnalité, qui est notamment de s'assurer dans une dimension concrète de la cohérence de la pyramide normative.

En retenant une définition très restrictive de la loi, il est vrai que le contrôle de proportionnalité peut avoir pour résultat l'éviction d'un acte législatif voté par le parlement, mais seulement au profit de l'application d'une norme de valeur supérieure. Si le concept de la hiérarchie des normes était inconnu du temps d'Aristote, il paraît difficilement concevable de ne pas qualifier nos normes contemporaines de valeur supra-législatives de loi écrite au sens du Stagirite.

489. **Différence de nature entre équité et contrôle concret** La démarche contemporaine du contrôle de proportionnalité est pour cette raison différente dans sa substance de l'équité aristotélicienne, étant une simple modalité du contrôle de la hiérarchie des normes, et non une manière de juger selon une quelconque loi naturelle. Toute loi naturelle, divine ou fondamentale, si elle ne voit pas son existence exclue par tous les juristes contemporains, est du moins ravalée au rang d'objet inaccessible à sa science, étant supposée plus que posée. Tout au plus peut-elle, pour Motulsky, désigner « *l'influx que donnent au droit positif les exigences*

¹ Pour M. Chénéde, « en permettant aux juges du fond d'écarter la loi lorsque son application leur apparaît trop dure pour l'une des parties (comme portant une atteinte disproportionnée à ses droits et libertés), la Cour de cassation les a effectivement mis en position, non plus de juger, mais d'arbitrer, comme si les colitigants leur avaient conféré la mission de statuer en « amiable compositeur » (Chénéde (François), « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité in concreto, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142, n° 4).

supérieures de l'idéal de justice »¹. La hiérarchie des normes, qui rend conceptuellement possibles et pratiquement concevables les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, ne comprend plus que des normes écrites instituées par des communautés humaines selon des procédés définis. L'édifice de la pyramide normative dont le contrôle de proportionnalité vise à assurer le respect effectif est une construction pleinement humaine et pleinement rationnelle, dont la loi naturelle est absente, et qui ne comprend que des règles écrites², qualifiables de loi au sens large, la question de la conception sous-jacente de ces textes, qui pourrait relever d'un certain jusnaturalisme, étant toute autre dès lors qu'ils appartiennent au droit positif. Par conséquent, le juge évinçant l'application de la loi au terme d'un contrôle de proportionnalité le fait en se référant à une norme écrite supérieure. Cette norme, quoique placée à un niveau différent de la hiérarchie, et rédigée avec un niveau de généralité beaucoup plus élevé, n'en demeure pas moins une norme écrite, adoptée selon des procédures définies. Le juge contrôlant la proportionnalité demeure contraint par un référentiel de raisonnement résolument positiviste, devant justifier l'éviction d'une norme écrite par une autre norme écrite, et de préférence insérer sa solution dans un système (par exemple l'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne) avec la plus grande cohérence possible.

Dit autrement, l'appel à l'équité questionne l'origine de la *ratio decidendi*, préférant une loi divine à une loi humaine, tandis que le contrôle de proportionnalité questionne la pleine cohérence des lois humaines entre elles, éloignant sa technique du jugement en équité, mais pas nécessairement son résultat de l'équitable.

2 : L'équitable, résultat du contrôle

490. **Décision équitable et non en équité**

L'effet de dévoilement d'une certaine équité opéré par le contrôle de proportionnalité a été exposé, ce qui rend nécessaire de s'interroger sur ce qui est révélé. S'agit-il d'un jugement en équité, qui permettrait au juge de s'affranchir de la règle de droit issue d'un processus public et démocratique pour se faire l'oracle d'un droit naturel qu'il serait seul à même de révéler et qu'il pourrait effectivement inventer selon son bon vouloir ? Non, puisque le contrôle ne permet l'éviction d'une norme écrite que pour assurer le respect et l'application effective d'une autre norme écrite, certes

¹ Motulsky (Henri), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 175 (reproduit dans Motulsky (Henri), *Écrits - Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 60.

² La question des différents principes qui pourraient habiter cette hiérarchie (principes généraux du droit, principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France...), est ici laissée de côté, car ils ne semblent pas en question dans le contrôle de proportionnalité. Ils semblent du reste largement être découverts à partir de règles de droit écrites, s'éloignant du droit naturel.

moins précise, mais d'une valeur et d'une légitimité supérieure. Le juge demeure par conséquent contraint dans le choix des règles à appliquer, de même qu'il est contraint dans leur application par l'interprétation qui en est faite. Nous sommes loin d'une équité qui ne serait qu'une « *sorte d'instinct, qui, sans faire appel à la raison raisonnante, va de lui-même et tout droit à la solution la meilleure* »¹, étant donné que le juge qui laisserait libre cours à son instinct ne pourrait présenter *in fine* qu'une solution justifiable selon les critères de la raison². Une telle forme d'équité, qui serait « *ce comportement irrationnel et romantique qui a tant contribué à jeter le discrédit sur l'équité, tel qu'il s'est incarné dans la juridiction quasiment charismatique du Président Magnaud, le "bon juge de Château-Thierry"* »³, semble bien éloignée d'un raisonnement visant à assurer la cohérence de l'édifice normatif plutôt qu'à fournir au juge un moyen de ne pas l'appliquer.

Le juge contrôlant la proportionnalité n'agit pas comme Antigone en dégageant *proprio motu* des règles naturelles ou divines, mais assure la cohérence d'un système où chaque règle est déterminée et connue, intégrant « *dans sa décision les circonstances factuelles de chaque cas, ce que le législateur ne pouvait pas connaître* »⁴ d'une manière organisée et contrainte, dans le respect de la hiérarchie des normes.

Soutenir au contraire que des juristes contemporains voudraient voir le juge statuer en équité pour critiquer le contrôle de proportionnalité semble relever du sophisme de l'homme de paille. La mission du juge réalisant un contrôle concret demeure guidée par un certain littéralisme voulant qu'il ne soit pas institué pour « *rendre dans chaque cas la décision qui soit la plus juste, mais la plus juste possible au vu des contraintes qu'imposent les règles de droit* »⁵.

Seulement le contrôle concret permet-il à ces décisions d'être plus souvent justes en rendant plus effectifs les droits fondamentaux, donnant lieu à un nombre accru de décisions équitables.

¹ Gény (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome II, LGDJ, 1919, n°163.

² Une telle équité, de manière quelque peu surprenante, semble parfois trouver grâce sous la plume de certains auteurs. Ainsi du Doyen Cornu, pour qui « *Le jugement d'équité est une illustration du rôle salutaire — salvateur — que peut remplir le juge, hors de l'application ordinaire du droit. Le juge statue en équité, lorsqu'il décide au nom de l'équité d'écarter, dans un cas particulier, l'application normale de la loi en considérant que celle-ci serait, dans la circonstance, trop rigoureuse (...)* Elle est en lui, elle passe par lui, elle ne vient pas de lui [l'équité] » (Cornu (Gérard), *Introduction au Droit civil*, Montchrestien, 2007, n°262).

³ Trigeaud (Jean-Marc), « Ontologie de l'équité », *McGill Law Journal*, McGill Faculty of Law, Montréal, 1989, volume 34, p. 422.

⁴ Potocki (André), « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in États généraux de la justice civile — Réflexions à partir du rapport Sauvé — Colloque du 15 septembre 2022, *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2022, supplément au n°41, p. 17.

⁵ Goltzberg (Stefan), *100 Principes juridiques*, PUF, 2018, p. 34.

Par-là, « *de sa position originare de ‘serviteur de la loi’, il est devenu ‘gardien du droit’* »¹.

491. **L'équité de la décision au moyen de l'éviction de l'équité du processus** De ce fait, l'équité n'est pas totalement absente du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, dont il est indiqué qu'à « *travers la prise en compte des droits et intérêts en présence, [il] a pour fonction de restaurer l'équité* »². Seulement, cette restauration de l'équité ne passe pas par le processus permettant de parvenir au jugement, mais se trouve dans la décision de justice en elle-même.

Aussi paradoxal que cela puisse sembler, il apparaît qu'un jugement en équité, qui sacrifierait toute prévisibilité et toute égalité entre les justiciables sur l'autel d'une faculté fantasmée du juge à découvrir le juste, ne serait pas équitable, tandis qu'un contrôle de proportionnalité, en assurant l'effectivité de l'application de la hiérarchie des normes *in casu*, tend à l'être. Un tel contrôle permet en effet, ce qui est de l'essence de l'équité, de prendre en compte les faits spécifiques dans la décision, sans pour autant renoncer à toute application d'une norme écrite n'étant pas dégagée par le juge.

492. **Réconciliation de l'équité et de la séparation des pouvoirs** Ce chemin semble porteur de la promesse de réconcilier l'équité, notion « *à la fois nécessaire et problématique* »³, et la séparation des pouvoirs, de rappeler que « *l'équité est au cœur même de l'acte de juger* »⁴ sans pour autant évincer l'application de la norme de cet acte. Après le procès équitable, qui garantit aux justiciables qu'ils ne seront pas jugés en équité, viendrait la décision équitable, leur assurant que leur situation a été prise en compte dans toute sa complexité pour appliquer les normes issues de la hiérarchie, rappelant que « *sans l'équité, le droit n'est pas le droit* »⁵.

493. **Conclusion de chapitre** Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, du fait de sa nouveauté dans le système français, engendre des craintes des

¹ Potocki (André), « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in États généraux de la justice civile — Réflexions à partir du rapport Sauvé — Colloque du 15 septembre 2022, *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2022, supplément au n°41, p. 17.

² Fulchiron (Hugues), « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1472.

³ Raynaud (Philippe), « L'équité dans la philosophie politique », in Lambert (Thierry) (dir.), *Égalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 3.

⁴ Girardet (Alain), « L'équité du juge : et si on levait le voile ? », *Justices*, Dalloz, 1998, n°9, p. 1.

⁵ Cicéron, *De officiis*, II, XII, XIV, cité par Löhrer (Dimitri), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse de droit public, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2013, n°349.

observateurs. Celles-ci sont légitimes, l'outil nouveau devant s'insérer dans un système de plus en plus complexe et raffiné, mais elles ne résistent pas toujours à l'analyse lorsque celle-ci dépasse les apparences. Comme l'a écrit l'économiste Frédéric Bastiat, il y a « *ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas* »¹.

Ici, ce que l'on voit, c'est ce que le contrôle de proportionnalité nous révèle : lorsqu'une instance en justice est intentée, un certain degré d'imprédictibilité existe quant à son issue, cette imprédictibilité pouvant être, dans une certaine mesure, utilisée par le juge pour orienter sa décision selon des considérations qui ne tiennent pas exclusivement à la technique juridique. Ce que l'on ne voit pas, ou que l'on ne veut pas voir, c'est que cette imprédictibilité et ce pouvoir du juge existaient avant que le contrôle de proportionnalité ne fasse son apparition. Seulement étaient-ils masqués par des fictions ou des œillères limitant la réflexion. Il en est ainsi de la présentation sous forme de syllogisme, « *rassurante* »² en ce qu'elle donne l'apparence d'une solution entièrement déterminée par la loi, masquant le pouvoir du juge dans la détermination de ses prémisses.

Cette révélation peut être perçue de manière ambivalente : il est parfois vrai que toute vérité n'est pas bonne à dire, l'apparence ayant d'ailleurs une importance reconnue en matière de procès équitable³. Il semble cependant que la révélation opérée par le contrôle de proportionnalité ait de réelles vertus. En rendant visible, elle permet de débattre et de proposer des solutions pour limiter l'imprédictibilité et l'équité redoutées, quoique leur disparition totale ne soit ni possible ni souhaitable, tant elles sont de l'essence de la juridiction. La plus importante de ces solutions est l'encadrement technique du contrôle, qui le dote d'une certaine reproductibilité, du moins dans son déroulé, en permettant aux acteurs du système et aux observateurs de suivre dans la réalisation du contrôle un processus prédéfini et toujours identique, quoique son résultat demeure difficile à anticiper. Pour cette raison, la révélation des effets redoutés rend possible leur mitigation, et peut être accueillie favorablement.

¹ Bastiat (Frédéric), « Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas », in *Œuvres complètes*, Guillaumin et Cie, 1854, Tome V, p. 336.

² Deumier (Pascale), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2021 (6^e édition), n°96.

³ Reprenant un célèbre principe de droit britannique, la Cour européenne des droits de l'Homme (17 janvier 1990, n°2689/65, affaire *Delcourt c. Belgique*) indique : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (paragraphe n°31). Naturellement, il ne s'agit pas là d'une condamnation de tout débat public, la Cour précisant par la suite « *que l'intérêt général à ce que soient divulguées les informations faisant état de pressions et d'agissements illicites au sein du parquet est si important dans une société démocratique qu'il l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à maintenir la confiance du public dans le parquet général. Elle rappelle à cet égard qu'une libre discussion des problèmes d'intérêt public est essentielle en démocratie et qu'il faut se garder de décourager les citoyens de se prononcer sur de tels problèmes* » (Cour européenne des droits de l'Homme, 12 février 2008, n°14277/04, affaire *Guja c. Moldova*).

494. **Conclusion de titre** La portée du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes voit désormais ses frontières apparaître. Celles-ci sont tracées par son caractère factuel, et par l'encadrement qu'il peut recevoir.

Le caractère factuel du contrôle de proportionnalité aide à prendre la mesure, partout où le contrôle est possible, de ses chances de succès. C'est en effet deux choses différentes que d'affirmer que le contrôle est largement possible, et de savoir s'il donnera souvent lieu à la non-application *in casu* de la loi désignée par le syllogisme. Il apparaît ici que le factualisme du contrôle aura pour effet de restreindre les hypothèses où il débouchera sur un constat de disproportion amenant le juge à ne pas appliquer la loi pour faire prévaloir la norme supérieure. Il en est ainsi en raison de l'existence de mécanismes de contrôle abstrait, dont certains sont nécessairement pratiqués préalablement au contrôle concret. Cela implique que le contrôle concret ne peut être un succès qu'en présence de faits s'éloignant de manière exceptionnellement forte des prévisions de la loi. S'il en allait autrement, et qu'un contrôle concret était réalisé avec succès sur des faits banals, donnant souvent lieu à l'éviction de la loi, ce serait le signe d'une faillite du contrôle abstrait plus que d'un défaut du contrôle concret.

Ce caractère factuel, corrélativement, est la mesure de la limite des effets du succès du contrôle. Non seulement ce succès doit être rare, encore ses effets doivent-ils être limités. Au niveau de l'affaire où l'éviction de la loi aura lieu, ils seront radicaux, puisque la solution du litige s'en trouvera modifiée. En dehors, concernant les affaires futures, ils seront restreints, la décision pouvant constituer un simple argument, mais non faire jurisprudence. Le factualisme du contrôle implique en effet un tel niveau de spécificité dans la décision qu'elle ne pourra être invoquée qu'au moyen de la construction d'une nouvelle argumentation spécifique à l'affaire traitée.

La portée du contrôle est encore restreinte par son encadrement. Le fait de dévoiler la relative imprédictibilité de la décision de justice et de la latitude du juge dans sa solution permet en effet de les rendre, dans une certaine mesure, solubles dans la technique. Là où ces aspects redoutés de la juridiction se cachaient derrière le syllogisme, le fait que le contrôle de proportionnalité assume leur manifestation permet d'en faire non plus des spectres qui planent sur l'instance, mais des paramètres sur lesquels influencer. Cette influence se fera par la détermination d'une technique du contrôle concret qui sera respectée par les juges chargés de le réaliser. De ce fait, le déroulement du contrôle sera connu de tous et anticipable, et son résultat sera limité par le raisonnement justifiable dans la motivation du juge.

495. **Conclusion de partie** Le domaine du contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes se dessine désormais avec plus de précision, de même que ses effets sur ce domaine.

L'impression première de la généralité de l'outil se vérifie, lui donnant une vocation à être utilisable partout où la hiérarchie des normes trouve à s'appliquer, c'est-à-dire partout où des normes trouvent à s'appliquer. Puisqu'il vérifie la cohérence des normes les unes avec les autres, rien ne justifie que, dans certains domaines, le contrôle ne soit pas pratiqué, ce qui reviendrait à dire que les normes s'appliquant à cette situation seraient en dehors de la hiérarchie, ou dans une hiérarchie ayant moins vocation à être respectée que pour d'autres normes. Toute limite qui serait imposée de l'extérieur au contrôle de proportionnalité doit par conséquent être regardée avec méfiance, et en gardant à l'esprit les risques que font peser leur adoption, y compris dans les domaines où le contrôle est pratiqué.

Si des limites au contrôle doivent être trouvées, c'est plutôt au sein même de sa technique. En effet, quoique cet outil soit très largement utilisable, il ne l'est pas toujours à bon escient. Nombreux sont les domaines où le contrôle est praticable, mais l'est de manière stérile, sans apporter aucun espoir de bénéfice aux parties. C'est notamment le cas lorsque la loi se montre moins impérative, laissant au juge une marge d'appréciation pour rendre une décision adaptée aux faits de l'espèce, par exemple grâce au recours à un standard. Dans une telle situation, l'office du juge implique déjà de décider en prenant en compte les faits de l'espèce, la loi ne donnant pas lieu à l'application d'un régime strictement défini à la suite de l'opération de qualification. À ces hypothèses de contrôle inutile s'ajoutent des situations où le contrôle devient impossible en raison de la disparition du seul organe à même de le réaliser, le juge. Dès lors qu'une question est totalement déjudiciarisée, comme beaucoup l'ont été ces dernières décennies, le contrôle de proportionnalité est non seulement inutile, mais aussi inconcevable. Grâce à ces différentes constatations, il semble tout à fait possible de se représenter l'ampleur que le contrôle va prendre, et les questions sur lesquelles il sera à même de procéder aux plus grands dérangements, permettant d'anticiper ses effets durant le processus législatif.

Concernant ces désordres opérés par le contrôle, il semble qu'un constat rassurant puisse être dressé, la portée du contrôle semblant dans cette dimension aussi limitée.

Le caractère factuel du contrôle de proportionnalité est la première limite à sa portée. Face à une loi par essence générale, ce n'est que par exception que les faits provoqueront un résultat aberrant justifiant un succès du moyen. Dans le cas contraire, c'est le contrôle abstrait, préalable au contrôle concret, qui jouera. Le caractère factuel du contrôle, lui posant des limites bien tracées, doit par conséquent être embrassé, faisant de la tentation d'une utilisation de la

casuistique de généralisation un pis-aller à même de donner au juge un pouvoir sans limites, le chargeant de compléter la parole du législateur avec la même généralité.

Dans la situation actuelle, en raison de son caractère factuel qui exclut toute généralité dans le raisonnement, le contrôle est porteur de fortes limites quant à sa portée, restreignant tout phénomène de jurisprudence. Si des décisions pratiquant un contrôle peuvent faire grand bruit et servir d'argument dans des affaires futures, toute décision a une portée strictement limitée aux faits de l'espèce. Il ne faut pas attendre de décisions générales s'approchant d'arrêts de règlement et destinées à faire jurisprudence. Bien au contraire, le factualisme du contrôle est une invitation pour les parties demandant un contrôle ou plaidant contre son succès à adopter un raisonnement des plus spécifiques, se concentrant sur les faits de leur situation personnelle, dans le but de démontrer qu'ils s'éloignent du *plerumque fit* ou d'un précédent.

L'encadrement du contrôle vient aussi limiter sa portée. Celui-ci, en effet, ne se développe pas de manière anarchique sur un terrain en jachère, mais fait l'objet de nombreuses réflexions, à poursuivre et perfectionner, qui débouchent sur une technique du contrôle élaborée par la Cour de cassation et offerte aux juges du fond. Il en ressort d'abord que l'imprédictibilité du contrôle est encadrée et réduite. Cela va à l'encontre des apparences, car le contrôle dévoile une part d'imprévisibilité qui a toujours été présente lorsqu'il s'agit de juger, et qui est même, dans une certaine mesure, nécessaire, mais ne constitue pas moins une réalité tangible : la technique du contrôle, du fait de son encadrement, rend son déroulé prévisible, ce qui restreint le champ des résultats possibles. Ce champ étant restreint, il est difficile pour le juge de décider selon son seul bon vouloir, son éthique personnelle ou sa vision politique. Autrement dit, le contrôle de proportionnalité ne laisse guère plus le juge statuer en équité que le syllogisme. En revanche, en permettant de vérifier les effets de l'application de la loi vis-à-vis d'une norme supérieure en hiérarchie et en généralité, il a pour effet de faire prévaloir les normes les plus fondamentales, permettant de parvenir à une décision équitable là où la loi y faillirait.

Pour toutes ces raisons, la portée du contrôle est limitée dans le sens où il ne semble pas à même de menacer la solidité du système juridique, et appréciable puisqu'il lui permet effectivement de mieux s'approcher de son objectif de Justice.

Conclusion générale

496. **Définition, distinction, dénomination** Une décennie après l'apparition en France de ce qui a été désigné comme le contrôle de proportionnalité, cet outil de raisonnement du juge se laisse saisir avec une plus grande précision. Le juge, qui devait appliquer la loi en justifiant sa décision par un syllogisme, et, lorsque cela lui était demandé, vérifier que cette loi est conforme avec les conventions internationales, est désormais également tenu de répondre au moyen soutenant que l'application de la loi à la situation précise des parties produit un résultat incompatible avec les textes de valeur supérieure. Plusieurs conséquences découlent de cette approche simple du contrôle.

D'abord, le contrôle de proportionnalité dont il est ici question ne doit pas être confondu avec la mise en balance, méthode permettant de trancher un conflit entre deux normes de même valeur. Il est également distinct de nombreux mécanismes recevant le même nom, qu'il s'agisse de contrôles que le juge opère sur prescription de la loi ou dans le but d'appliquer ou de concilier des normes de valeur supérieure.

Cette réalisation que le contrôle est nécessairement second au raisonnement sur l'applicabilité de la loi puisqu'il en critique les effets et non le principe limite également l'utilisation de cet outil aux situations où cette applicabilité a été justifiée par le syllogisme. Le contrôle ne remplace pas le syllogisme, il lui est nécessairement second, ne pouvant se dérouler sans que la loi applicable ait été désignée¹. Il est par conséquent souhaitable que toutes les décisions de justice réalisant un contrôle dit de proportionnalité comportent un raisonnement syllogistique visible pour justifier l'applicabilité de la loi préalablement au contrôle concret.

Cette appréciation du résultat obtenu par le syllogisme au moyen du contrôle de proportionnalité se fait à la lumière des normes de valeur supra-législatives. En cela, le contrôle de proportionnalité est un véritable contrôle du respect de la hiérarchie des normes². Il se distingue toutefois des autres mécanismes de contrôle existant en droit français par son caractère concret, étant le seul à se prononcer concernant un litige précis selon les faits de l'espèce.

La polysémie du syntagme, et toutes les confusions qu'elle occasionne peuvent être avantageusement dépassées en désignant plutôt notre objet d'étude comme le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, expression dépourvue de toute signification préexistante

¹ Sur l'insuffisance du contrôle seul pour déterminer la solution du litige et le préalable nécessaire de l'applicabilité de la loi, voir n°65 et s.

² Sur le caractère hiérarchique du contrôle concret, voir n°110.

et décrivant le contrôle de manière plus transparente. Cela permet de discerner les fonctions qu'il remplit.

497. **Fonction : cohérence de l'ordre normatif** Ce contrôle concret a été adopté par le juge judiciaire dans un contexte de lutte d'influence, venant affecter ses rapports avec la Cour européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence qui en est issue. Quoiqu'il soit difficile de discerner précisément la substance de cette influence, le contrôle *in concreto* permet manifestement un renforcement de la vocation des solutions du juge judiciaire, et, médiatement, du législateur, à résister lors d'un contrôle de la Cour européenne. Pour autant, cela ne doit pas conduire à passer sous silence les bénéfices que produit le contrôle au profit de l'édifice juridique dans sa totalité et des sujets de droit.

D'abord, l'appropriation par le juge français du contrôle lui permet de saisir pleinement la marge nationale d'appréciation, évitant que la Cour européenne des droits de l'Homme ne doive réaliser le contrôle à sa place¹. Pour autant que le Conseil de l'Europe requiert la concrétisation du contrôle, il laisse aux États parties une grande liberté méthodologique dans sa réalisation. Par conséquent, les juges français ne sont nullement tenus de singer la Cour européenne des droits de l'Homme dans la réalisation de son contrôle, conduisant à s'opposer à l'importation de notions développées par la Cour européenne dans un contexte international, dépourvues de toute pertinence devant le juge français². Cela permettra de faire du contrôle concret un outil d'affirmation de la spécificité méthodologique du juge français, renforçant le sens de cette réappropriation de la marge nationale d'appréciation.

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes présente également des bénéfices quant à la cohérence de l'ordre juridique. Lorsqu'il conclut à l'applicabilité en l'espèce de la loi, en la soumettant à un *stress test*, il produit un effet de renforcement spécifique en désignant un cas extrême où la loi tient bon. Établissant son applicabilité dans un cas limite, il vient *a fortiori* attester de son caractère adéquat au *plerumque fit*, effet de renforcement général ayant pour corollaire un renforcement argumentatif provenant du renouvellement de l'argumentation produite lors de l'adoption de la loi³.

Lorsqu'il conclut à sa non-applicabilité en l'espèce, il la renforce indirectement, en relevant le seuil de son incompatibilité abstraite⁴. En effet, la possibilité du contrôle concret fait que

¹ Sur les bénéfices de l'adoption du contrôle concernant la place du juge français, voir n°200 et s.

² Pour des exemples d'appropriations méthodologiques inopportunément réalisées par la Cour de cassation, voir n°216 et s.

³ Sur le triple renforcement de la loi que permet le contrôle, voir n°229.

⁴ Sur le renforcement de la loi que permet paradoxalement le succès du moyen de disproportion, voir n°233 et s.

l'auteur du contrôle abstrait peut apprécier la loi avec un plus haut de degré de généralité, sans craindre de provoquer des injustices, puisqu'elles seront corrigées par le contrôle concret. Indirectement, il invite le législateur à édicter des lois plus générales, à la majesté renforcée.

498. Fonction : conciliation de la loi et des droits fondamentaux Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes, cependant, ne vient pas seulement apporter une réponse à ces questions pratiques posées *hic et nunc*. Il s'inscrit dans un questionnement animant ceux qui pensent et appliquent le droit depuis que la Cité se dote de lois : que faire lorsqu'une loi, en général bonne, donne lieu, dans un cas particulier, à un résultat injuste ? Si Antigone pouvait préférer se conformer aux « lois non écrites et immuables des Dieux »¹, notre société contemporaine ne peut se tourner vers eux pour des prescriptions si directes, mais doit respecter le suffrage universel insufflant son pouvoir au législateur. Faut-il alors que la loi soit « impitoyablement appliquée sans tenir le moindre compte de la cruauté particulière des conséquences qu'elle peut entraîner »² ? Les juristes ont longtemps pu le prétendre, y voyant une nécessaire oblation au culte de la loi. Le contrôle concret offre une alternative, permettant de faire prévaloir la norme de valeur supra-législative, qui relève de la Loi au sens large du terme puisqu'elle est inscrite dans un texte démocratiquement adopté, sur la loi précise émanant du législateur applicable au cas d'espèce. Dans ce sens, le contrôle concret est là « non pour abolir, mais pour accomplir »³ la Loi.

De ce fait, le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes est un outil sans pareil pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux au bénéfice des citoyens⁴. En effet, les contrôles abstraits existants montrent des insuffisances, tandis que d'autres mécanismes ont des terrains d'application trop restreints. Le contrôle permet au contraire de promouvoir l'effectivité des droits fondamentaux partout où ils sont pertinents⁵, rendant possible l'individualisation de ces droits sans pour autant sombrer dans l'individualisme⁶, étant donné que si l'individu peut énoncer ses désirs, ses droits, dont le contrôle garantit l'effectivité, sont proclamés par des normes et interprétés par des juges à la technique encadrée. Sous cet aspect, le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes revivifie l'office du juge, rappelant que « le droit (le

¹ Sophocle, *Antigone*, in *Tragédies de Sophocle*, Charpentier, 1859, p.296.

² Marguénaud (Jean-Pierre), « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307.

³ Matthieu, 5:17.

⁴ Sur l'importance contemporaine de cette effectivité, voir n°138 et s.

⁵ Sur cette aptitude du contrôle concret à renforcer l'effectivité des droits fondamentaux, voir n°158 et s.

⁶ Sur le fait que le contrôle concret apporte un encadrement aux aspirations individualistes, ubiquitaires dans notre société, voir n°168 et s.

juste), (...) est toujours un problème qui se présente de façon nouvelle à chaque sentence »¹. Cette affirmation montre toutefois que le contrôle concret, si son impact pratique est aujourd'hui limité, présente un caractère disruptif certain. Cela explique le besoin de lui tracer des limites et les critiques qu'il a reçues.

499. Limites du contrôle : limites critiquables Les fonctions du contrôle présentées, cet outil peut encore questionner quant à ses limites. C'est en effet l'ampleur potentielle de son utilisation à laquelle se corrélera l'ampleur de ses éventuels effets négatifs. Il apparaît bien vite que, si la plupart des limites artificiellement imposées au contrôle sont critiquables, des limites naturelles existent, bornant l'utilisation du contrôle.

Le contrôle servant à vérifier que l'application de la loi ne produit pas un résultat contraire à une norme supérieure, il peut trouver à s'appliquer dès lors qu'une norme est hiérarchiquement surplombée par une autre. Dès lors, rien dans l'outil n'implique que son usage soit limité au contrôle *in concreto* de la loi au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Sa technique permet son utilisation avec d'autres conventions internationales², ou entre normes de l'ordre interne, rendant toute limite quant au corpus de droits garantis injustifiée et inopportune.

Pareillement, l'observation des limites que les juges apportent au contrôle en se fondant sur le contenu des droits contrôlés, refusant de soumettre certains droits à un véritable contrôle concret, indique qu'elles sont problématiques³. Ces limites, d'abord, sont faiblement lisibles, les juges recourant à différentes techniques pour manifester leur refus du contrôle. Cela donne lieu à un schéma trop complexe, mettant en péril les bénéfices procurés par l'adoption du contrôle quant à la défense contre l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, susceptible de réaliser un contrôle plus rapproché des décisions du juge national entretenant le flou autour de sa pratique⁴. Elles sont ensuite mal justifiées, recourant à des arguments critiquables, puisqu'y souscrire ne devrait conduire qu'à un rejet en bloc du contrôle⁵. Ces limites sont enfin critiquables dans leur principe, privant les justiciables des bénéfices du contrôle dans certains domaines, alors que la plasticité de l'outil lui permettrait de s'y insérer de manière satisfaisante. Ce d'autant plus que celui-ci comporte des limites intrinsèques.

¹ Villey (Michel), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p.219.

² Pour un exemple, voir n°259 et s.

³ Pour une présentation de ces limites, voir n°267 et s.

⁴ Pour une présentation des risques causés par ces limites, voir n°299 et s.

⁵ Pour une critique de la justification de ces limites, voir n°289 et s.

500. **Limites du contrôle : limites naturelles**

Le contrôle concret du respect de la hiérarchie des normes trouve naturellement sa limite dans le niveau d'impérativité de la loi. En effet, dès lors que la loi ménage des moyens pour le juge de prendre en compte la situation factuelle, par exemple avec des standards ou des alternatives, le contrôle concret devient sans intérêt. Il n'est pas impossible, mais est seulement inapte à procurer un quelconque avantage à celui qui en exciperait¹. Cela offre la possibilité au législateur, soucieux de s'assurer que la règle qu'il édicte ne verra pas son application limitée par des normes de valeur supérieure, d'utiliser le niveau d'impérativité de ses dispositions comme un outil de modulation du contrôle concret, limitant l'intérêt pour les parties d'y recourir².

De même, le contrôle ne pouvant être réalisé que par le juge, il devient hors de propos dans toutes les questions déjudiciarisées, et moins à propos partout où le recours au juge est compliqué ou retardé.

Le contrôle concret trouve encore sa limite dans son factualisme, qui restreint les chances de succès du moyen en excipant. En effet, le caractère général de la loi, dont la conformité abstraite est vérifiée, implique qu'elle convienne à la plupart des situations factuelles se subsumant dans ses prévisions. Le contrôle ne peut être un succès que par exception. Ce factualisme doit être embrassé, constituant l'essence du contrôle et lui permettant de remplir sa fonction d'assurer l'effectivité *in concreto* des droits fondamentaux. Par conséquent, la voie d'un contrôle par lequel le juge pratiquerait une généralisation casuistique doit être rejetée³. Celle-ci, en effet, lui ferait empiéter sur les pouvoirs du législateur tout en ne permettant plus au contrôle de produire ses bénéfices pour les citoyens. La casuistique ne peut être qu'un outil de connaissance du contrôle par ses observateurs.

Dans les cas exceptionnels où le contrôle conduit à l'éviction *in casu* de la loi, le factualisme limite sa portée. Élaboré pour correspondre à une situation factuelle unique, le contrôle ne produira d'effets qu'en l'espèce, sans remettre en cause l'application de la loi dans d'autres instances. La décision, privée de toute généralité, ne pourra pas faire jurisprudence⁴, mais, tout au plus, servir d'argument. Cette absence de phénomène jurisprudentiel sera amplifiée par le fait que c'est le juge du fond qui réalisera prioritairement et majoritairement le contrôle, tandis que le juge de cassation se bornera à vérifier l'existence et la suffisance du contrôle sollicité⁵.

¹ Pour des exemples de situations où le contrôle est possible mais largement dénué d'intérêt, voir n°318 et s.

² Sur la possibilité pour le législateur de prendre en compte la réalisation du contrôle lors de l'élaboration de la loi dans le but d'en limiter l'intérêt, voir n°330 et s.

³ Sur cette hypothèse de la généralisation casuistique et sa critique, voir n°371 et s.

⁴ Sur l'inaptitude des décisions où le contrôle conduit à ne pas appliquer la loi à faire jurisprudence, voir n°393 et s.

⁵ Sur la répartition des rôles entre juge du fond et Cour de cassation, voir n°413 et s.

501. Encadrement du contrôle L'observation des fonctions et des limites du contrôle permet de porter une appréciation sur la promesse de conciliation de l'impérativité de la loi avec le respect effectif des droits fondamentaux dont il est porteur. Certes, ce nouvel outil génère des craintes, de nombreux risques ayant été pointés à la suite de l'apparition du contrôle concret. Celui-ci pourrait mettre en péril les structures du droit civil, permettrait au juge d'empiéter sur les pouvoirs du législateur, affecterait la sécurité juridique, ferait la promotion d'un individualisme destructeur... De l'analyse de ces questions sérieuses ressort l'impression que ceux qui concluent qu'il faut rejeter le contrôle concret ont une vision exagérément positive de la situation antérieure au contrôle, et une représentation disproportionnée négative de ce que le contrôle apporte¹. Portalis le disait déjà : ils raisonnent « *comme si les législateurs étaient des dieux et comme si les juges n'étaient pas même des hommes* »². Les fonctions et limites du contrôle exposées convainquent que le contrôle concret, strictement inséré dans la hiérarchie des normes, est susceptible de recevoir un encadrement, bornant sa portée tout en préservant ses effets bénéfiques.

La Cour de cassation a d'ores et déjà beaucoup œuvré pour la mise en place de cet encadrement destiné à guider les juges du fond dans la réalisation du contrôle³. L'observation de l'accueil de cet encadrement, ainsi que sa relecture, permet de proposer sa simplification. Un *vademecum* du contrôle concret à destination des juges du fond, comportant une trame unique pour tous les contrôles concrets réalisés par le juge du fond, permettra d'insérer la réalisation du contrôle dans la rédaction établie des jugements, à la suite du syllogisme justifiant l'application de la loi et du contrôle abstrait de cette dernière⁴. Sans lier le juge dans la solution à apporter au litige, il permettra au contrôle d'être suffisamment prédictible dans son déroulé pour éloigner les critiques relatives à l'aléa judiciaire et à l'équité du juge, dont il est accusé de faire la promotion.

502. Accusations d'imprédictibilité et d'équité En effet, l'imprédictibilité de la solution du contrôle de proportionnalité est crainte. Il est vrai que cet outil ne permet pas de prévoir avec une grande certitude la solution qui sera apportée à une espèce précise. Cependant, il apparaît que le contrôle révèle l'imprédictibilité inhérente à tout acte de

¹ La critique peut donner l'impression d'oublier que « *tous les maux de notre système juridique ne peuvent être imputés au contrôle de proportionnalité* ». Pellé (Sébastien), « Métamorphose de la loi et contrôle de proportionnalité », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.347.

² Portalis (Jean-Etienne-Marie), « Présentation au Corps législatif », discours du 23 février 1803, in Fenet (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, Paris, 1836, p. 359.

³ Sur l'encadrement actuel du contrôle, voir *supra* n°443 et s.

⁴ Sur les propositions d'amélioration de cet encadrement, voir *supra* n°448 et s.

juridiction plus qu'il ne la crée¹, et qu'une certaine imprédictibilité est nécessaire à une bonne justice.

De plus, l'encadrement technique du contrôle rend possible la réduction de l'imprévisibilité en permettant de connaître à l'avance son déroulé, de même que l'observation permet une meilleure compréhension globale de l'outil². Par conséquent, l'imprédictibilité du contrôle n'apparaît pas plus à craindre que l'aléa judiciaire en général.

L'équité que le juge pourrait utiliser pour trouver la solution du litige en recourant au contrôle de proportionnalité inquiète pareillement. Là aussi, il apparaît que l'équité, qui avant d'être un redoutable élément du pouvoir des parlements de l'Ancien régime est une vertu antique synonyme de justice, est plus révélée qu'engendrée par le contrôle. En effet, elle demeure encore présente dans le raisonnement des juges, bien souvent masquée.

Le contrôle concret, au contraire, en vérifiant le respect de la hiérarchie des normes, constitue bien peu un outil de jugement en équité, étant donné que le juge qui le pratique demeure lié par des normes de valeur supra-législative³. Le contrôle, méthodique et hiérarchique, réduit la faculté pour le juge de juger en équité, mais lui permet de rendre des décisions équitables, distinguant l'équité comme mode de raisonnement de l'équité comme qualité attribuée à un objet⁴.

503. La place du contrôle comme outil de défense des droits La technique permet de concevoir un contrôle qui ne soit pas hors de contrôle. Cela implique une certaine confiance en les juges, une « *présomption qu'ils jugent raisonnablement* »⁵, confortée par une observation attentive de la pratique et un effort en faveur de la compréhension du contrôle concret, y compris par ses acteurs.

Sous cette réserve, si générale qu'elle peut s'appliquer à l'office du juge dans son entier, le contrôle concret doit être accueilli par toute personne soucieuse de l'effectivité des droits fondamentaux. En limitant l'empire de la loi pour faire prévaloir les droits garantis la surplombant, il est une modalité de l'état de droit. D'autres traductions de cet idéal, telles que la séparation des pouvoirs ou la sécurité juridique, ne peuvent par conséquent être invoquées contre le contrôle concret de manière convaincante. Ces différentes notions poursuivant la

¹ Sur l'existence de l'imprédictibilité rendue plus visible par le contrôle, voir n°426 et s.

² Sur les effets à attendre de l'encadrement du contrôle, voir n°440 et s.

³ Sur la distinction entre proportionnalité et équité, voir n°482 et s.

⁴ Sur l'aptitude du contrôle à conduire à des décisions satisfaisant l'équité sans qu'elles ne soient rendues en équité, voir n°490 et s.

⁵ Carbonnier (Jean), « Mon cher Collègue », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1992, p.341.

même fin, elles ne peuvent être opposées, elles doivent être conciliées. À défaut, pour échapper à d'hypothétiques « *jugements arbitraires, on exposerait la société à mille jugements iniques* »¹.

¹ Portalis (Jean-Etienne-Marie), *ibidem*.

Bibliographie

Nb : Au sein de la bibliographie, sauf mention contraire, les entrées sont classées alphabétiquement selon le nom de leur auteur. Lorsqu'un auteur donne lieu à une pluralité d'entrées, celles-ci sont classées chronologiquement sous son nom.

I : Ouvrages généraux

Amrani-Mekki (Soraya) et **Strickler** (Yves), *Procédure civile*, PUF, 2014 (1^{re} édition).

Atias (Christian), *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002 (1^{re} édition).

Auzero (Gilles), **Baugard** (Dirk) et **Dockès** (Emmanuel), *Droit du travail*, Dalloz, 2023 (37^e édition).

Bellivier (Florence), *Droit des personnes*, LGDJ, 2015 (1^{re} édition).

Bénabent (Alain), *Droit de la famille*, LGDJ, 2012 (2^e édition) et 2022 (6^e édition).

Bordet (Michel), *Précis d'histoire romaine*, Armand Colin, 2021.

Cadiet (Loïc) et **Jeuland** (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 2020 (11^e édition).

Cadiet (Loïc), **Normand** (Jacques) et **Amrani-Mekki** (Soraya), *Théorie générale du procès*, PUF, 2020 (3^e édition).

Carbonnier (Jean), *Droit civil, Tome I, Introduction*, PUF, 2017.

Chainais (Cécile) *et al.*, *Procédure civile*, Dalloz, 2022 (36^e édition).

Cornu (Gérard), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005 (3^e édition).

Debove (Frédéric), **Salomon** (Renaud) et **Janville** (Thomas), *Droit de la famille*, Vuibert, 2012 (8^e édition).

Deumier (Pascale), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2021 (6^e édition).

Dross (William), *Droit des biens*, LGDJ, 2021 (5^e édition). Ed de 2014

Dupré de Boulois (Xavier), *Droit des libertés fondamentales*, PUF, 2022 (3^e édition).

Dupuy (Pierre-Marie) et **Kerbrat** (Yann), *Droit international public*, Dalloz, 2022 (16^e édition).

Égéa (Vincent), *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022 (4^e édition).

El Ahdab (Jalal) et **Mainguy** (Daniel), *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, 2021 (1^{re} édition).

Fabre-Magnan (Muriel) et **Brunet** (François), *Introduction générale au droit*, PUF, 2022 (2^e édition).

Favoreu (Louis), **Duffy-Meunier** (Aurélie), **Gaïa** (Patrick) *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2021 (8^e édition).

Favoreu (Louis), **Gaïa** (Patrick), **Ghevontian** (Richard) *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2022 (25^e édition).

Gaudemet (Yves), *Droit administratif*, LGDJ, 2022 (24^e édition).

Ghestin (Jacques), **Barbier** (Hugo) et **Bergé** (Jean-Sylvestre), *Traité de droit civil*, Tome I, 2018 (5^e édition), LGDJ.

Gicquel (Jean) et **Gicquel** (Jean-Éric), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 2022 (34^e édition).

Gohin (Olivier), *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 2022 (5^e édition).

Grimaldi (Michel) (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2021 (7^e édition).

Guinchard (Serge) *et al.*, *Droit processuel*, Dalloz, 2023 (12^e édition).

Hennebel (Ludovic) et **Tigroudja** (Hélène), *Traité de droit international des droits de l'homme*, Pedone, 2018 (2^e édition).

Leveneur (Laurent) et **Mazeaud-Leveneur** (Sabine), *Droit des biens, Le droit de propriété et ses démembrements*, LexisNexis, 2021 (1^{re} édition).

Levinet (Michel), *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 2012.

Lévy (Jean-Philippe), **Castaldo** (André), *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2010 (2^e édition).

Malaurie (Philippe), **Aynès** (Laurent) et **Péterka** (Nathalie), *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2021 (8^e édition).

Malaurie (Philippe) et **Fulchiron** (Hugues), *Droit de la famille*, Lextenso, LGDJ, 2011 (4^e édition) et 2023 (8^e édition).

Malaurie (Philippe) et **Morvan** (Patrick), *Introduction au droit*, LGDJ, 2022 (9^e édition).

Mongoin (David), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2022 (1^{re} édition).

Murat (Pierre), (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, 2019 (8^e édition).

Nemo (Philippe), *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, PUF, 2002 (1^{re} édition).

Pound (Roscoe), *An introduction to the philosophy of Law*, 1922, Yale University Press.

Renucci (Jean-François), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2012 (2^e édition).

Rochfeld (Judith), *Les grandes notions de droit privé*, PUF, 2022 (3^e édition).

Rousseau (Dominique), **Gahdoun** (Pierre-Yves) et **Bonnet** (Julien), *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2020 (12^e édition).

Roy (Odile), *Droit de la famille*, Editions Archétype82, 2014.

Seraglini (Christophe) et **Ortscheidt** (Jérôme), *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019 (2^e édition).

Serlooten (Patrick), *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2022 (21^e édition).

Sudre (Frédéric) *et al.*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2021 (16^e édition).

Terré (François) *et al.*, *Les obligations*, Dalloz, 2022 (13^e édition).

Terré (François), **Fenouillet** (Dominique) et **Goldie-Génicon** (Charlotte), *La famille*, Dalloz, 2018 (9^e édition).

Terré (François) et **Molfessis** (Nicolas), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2022 (14^e édition).

Terré (François) et **Simler** (Philippe), *Les biens*, Dalloz, 2018 (10^e édition).

II : Monographies, thèses et autres ouvrages spéciaux

Afroukh (Mustapha), *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

Albiges (Christophe), *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

Alexy (Robert), *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, 2009, traduction de **Rivers** (Julian).

Amrani-Mekki (Soraya), (dir.) *Guide des modes amiables de résolution des différends*, LexisNexis, 2020.

Atias (Christian), *Epistémologie du droit*, PUF, 1994.

Ballot (Élodie), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare et Martin, 2014.

Baudry-Lacantinerie (Gabriel) et **Tissier** (Albert), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, Larose, 1895.

Beccaria (Cesare), *Des délits et des peines*, GF, 2006.

Bentham (Jeremy), *An introduction to the principle of morals and legislation*, The Clarendon Press, Oxford, 1879.

Brus (Florence), *Le principe dispositif et le procès civil*, de doctorat en droit privé soutenue en 2014 à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, disponible en ligne.

Burdeau (Georges), *La démocratie, Essai synthétique*, Office de publicité, Bruxelles, 1956.

Bustin (Olivier), *Le juge en droit de la propriété intellectuelle, Étude sur l'influence de la prévisibilité des décisions de justice dans l'évitement du procès*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 2010 à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Cadiet (Loïc) et **Clay** (Thomas), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 2019.

Carbonnier (Jean) :

- *Flexibles droits, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001 ;
- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs, 2010.

Castanier (Kévin), *Le syllogisme judiciaire*, Mare & Martin, 2023.

Champeil-Desplats (Véronique) :

- *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016 ;
- *Théorie générale des droits et libertés, Perspective analytique*, Dalloz, 2019.

Chénéde (François), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2018, Dalloz.

Chetard (Guillaume), *La proportionnalité de la répression, Étude sur les enjeux du contrôle de proportionnalité en droit pénal français*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020.

Clay (Thomas), *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, 2021.

Coletta (Anaïs), *La prédiction judiciaire par les algorithmes*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 2021 à l'université de Nîmes.

Cormier (Maxime), *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du Code civil*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 2022 à l'Université Paris Panthéon-Assas.

Demogue (René), *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Éditions Arthur Rousseau, 1911.

Deirmendjian (Élisabeth), *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 2012 à l'université du Sud Toulon-Var.

Deshayes (Olivier), **Genicon** (Thomas) et **Laithier** (Yves-Marie), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, LexisNexis, 2018.

Dworkin (Ronald), *L'empire du droit*, PUF, 1994, traduction de **Soubrenie** (Elisabeth).

Edouard (Cédric), *Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 2022 à l'université de Pau et des pays de l'Adour.

Égéa (Vincent), *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010.

Ewald (François) (dir.), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989.

Fabre-Magnan (Muriel), *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018.

Fontaine (Lauréline), *La Constitution maltraitée, Anatomie du juge constitutionnel*, Editions Amsterdam, 2023.

Fourment (Victoria), *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation, L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance et du contrôle de conventionnalité*, Thèse de droit privé, Aix-Marseille Université, 2022.

Gannagé (Léna), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001.

Gény (François) :

– *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome premier, LGDJ, 1919 ;

– *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome second, LGDJ, 1919.

Gérard (Philippe), *L'esprit des lois, philosophie des droits de l'homme*, Presse de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2007.

Goltzberg (Stefan) :

– *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique : définition, présomption et argument a fortiori*, Bruylant, Bruxelles, 2012 ;

– *Chaiïm Perelman, L'argumentation juridique*, Michalon, 2013 ;

– *100 Principes juridiques*, PUF, 2018.

Gutmann (Daniel), *Sources et ressources de l'interprétation juridique, étude de droit fiscal*, LGDJ, 2023.

Huscroft (Grant), **Miller** (Bradley) et **Webber** (Grégoire), *Proportionality and the rule of law, Rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Husson-Rochongar (Céline), *Droit international des droits de l'homme et valeurs, Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

Jeammaud (Antoine), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 1975 à l'Université Jean Moulin Lyon III.

Jestaz (Philippe) et **Jamin** (Christophe), *La doctrine*, Dalloz, 2004.

Jobard-Bachelier (Marie-Noëlle), **Bachelier** (Xavier) et **Buk Lament** (Julie), *La technique de cassation*, Dalloz, 2018.

Jourdain (Thomas), *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 2021.

Kelsen (Hans), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962 (2^e édition), traduction de **Eisenmann** (Charles).

Krynen (Jacques) :

– *L'État de justice, France, XIIIe-XXe siècle, II, L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, 2012 ;

– *Le théâtre juridique, une histoire de la construction du droit*, Gallimard, 2018.

Lambert (Édouard), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Giard, 1921.

Le Gac-Pech (Sophie), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

Legendre (Rebecca), *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020.

Lehmann (Alise) et **Martin-Berthet** (Françoise), *Introduction à la lexicologie. Sémantique et morphologie*, Armand Colin, 2007.

Löhrer (Dimitri), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Thèse de doctorat en droit public soutenue en 2013 à l'université de Pau et des pays de l'Adour.

Marguénaud (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2016.

Martin (Marie), *La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par les juridictions du fond au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Mémoire de recherche réalisé au sein du Master 2 Droit privé fondamental de l'Université Paris-Nanterre, 2023.

Mazari (Samir), *L'accessibilité du droit par la codification selon Jeremy Bentham*, Thèse de doctorat en histoire du droit soutenue en 2019 à l'université Paris-Est.

Motulsky (Henri), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948.

Mourgeon (Jacques), *Les droits de l'homme*, PUF Que-sais-je ?, 2004.

Perelman (Chaïm), *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979.

Philippe (Xavier), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, 1990.

Ross (Alf):

– *On law and Justice*, Stevens and Sons, London, 1958 ;

– *Introduction à l'empirisme juridique*, traduction de **Millard** (Éric) et **Matzner** (Elsa), LGDJ-Bruylant, Bruxelles, 2004.

Rouvière (Frédéric), *Argumentation juridique*, PUF, 2023.

Rouziere-Beaulieu (Olivia), *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en Droit public soutenue en 2017 à l'université de Montpellier.

Sokolowska (Lidia), *L'arbitrabilité des litiges de droit privé, perspective comparatiste*, Thèse de doctorat en droit privé soutenue en 2018 à l'université Paris II Panthéon-Assas.

Tani (Alex), *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille, contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, Defrénois, 2020.

Troper (Michel), *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994.

Van Drooghenbroeck (Sébastien), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001.

Villey (Michel) :

– *Le droit romain*, PUF, 1945 ;

– *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962 ;

– *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 2014.

Zenati-Castaing (Frédéric), *La jurisprudence*, Dalloz, 1991.

III : Chapitres d'ouvrages

Amrani-Mekki (Soraya) :

– « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in Mekki (Mustapha), Cadiet (Loïc) et Grimaldi (Cyril) (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 111 ;

– « Le point de vue d'une universitaire », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 49.

Arai-Takahashi (Yutaka), « Proportionality » in Shelton (Dina), *The Oxford handbook of international Human rights law*, Oxford University Press, 2013.

Bergel (Jean-Louis), « Le contrôle de proportionnalité en droit immobilier : danger ! », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 115.

Bonfils (Philippe), « Propos d'ouverture », in Agresti (Jean-Philippe) dir., *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 9.

Capitant (Henri), « Préface de la première édition (1934) », in Lequette (Yves), Terré (François) et Capitant (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I*, Dalloz, 2015, p. VII.

Carbonnier (Jean) :

- « L'âge de la majorité » in Carbonnier (Jean) *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, p. 60 ;
- « La part du droit dans l'angoisse contemporaine » in Carbonnier (Jean), *Flexibles droits, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e Édition, LGDJ, 2001, p. 201 ;
- « V^{is} famille, législation et quelques autres » in Carbonnier (Jean), *Flexibles droits, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e Édition, LGDJ, 2001, p. 275 ;
- « Préface », in Carbonnier (Jean), Catala (Pierre), de Saint-Affrique (Jean) et Morin (Georges) *Des libéralités, Une offre de loi*, Defrénois, 2003, p. 8.

Chagnollaud (Dominique), « Les techniques du contrôle », in Troper (Michel) et Chagnollaud (Dominique), (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, Tome 3, Suprématie de la Constitution*, Dalloz, 2012, p. 147.

Chauvin (Pascal), « Le contrôle de proportionnalité » in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, Association droit et procédure p. 20.

Cornu (Gérard), « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Publication de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, PUF, 1976, p. 120.

Debet (Anne), « Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 953.

Ducoulombier (Peggy), « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Potvin-Solis (Laurence), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 336.

Eissen (Marc-André), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in Pettiti (Louis-Edmond) et al., *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, p. 65.

Fenouillet (Dominique), « Avant-propos » in Fenouillet (Dominique), (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, 2015, p. 1.

Foyer (Jean), « Préface », in Motulsky (Henri), *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 1.

Fulchiron (Hugues), « Légiférer sous le regard du juge », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.223.

Grimaldi (Michel), « Ouverture des travaux », in *Travaux de l'association Henri Capitant : La motivation*, LGDJ, 2000, p. 1.

Houssier (Jérémy), « La motivation enrichie en droit de la famille : brèves observations sur la structuration et la motivation du contrôle de proportionnalité », in Dugué (Marie) et Traullé (Julie), *La motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation*, LexisNexis, 2023, p. 75.

Huscroft (Grant), **Miller** (Bradley) et **Webber** (Grégoire), « Introduction », in Huscroft (Grant), Miller (Bradley) et Webber (Grégoire) *Proportionality and the rule of law, Rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 1.

Jamin (Christophe), « Ouverture et fermeture disciplinaire chez les civilistes : sociologie du droit, comparatisme et linguistique juridique », in Jamin (Christophe) et Melleray (Fabrice), *Droit civil et droit administratif, Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, n° 27.

Kennedy (Duncan), « A transnational genealogy of proportionality in private law », in Brownsword (Roger) et al. *The foundations of European private law*, Hart publishing, 2011, p. 185.

Lochak (Danièle) :

– « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252 ;

– « Ecrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in *Le droit antisémite sous Vichy*, Le seuil, 1996, p. 433.

Louvel (Bertrand), « Introduction », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 15.

Luteràn (Martin), « The lost meaning of proportionality », in Huscroft (Grant), Miller (Bradley) et Webber (Grégoire) *Proportionality and the rule of law, Rights, justification, reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 21.

Malaurie (Philippe), « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1.

Maria (Ingrid), « Représentation et administration légale », in Murat (Pierre), *Dalloz Action Droit de la famille*, Dalloz, 2019.

Martelly (Olivia), « L'indifférence progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droit », in Sudre (Frédéric) (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2014, p. 202.

Mathieu (Marie-Laure), « Rédaction des arrêts et contrôle de proportionnalité », in Malhière (Fanny), *Comment rédiger une décision de justice*, Dalloz, 2018, p. 73.

Mazeaud (Vincent), « Le renouvellement des fonctions de la Cour de cassation, vers une évolution apaisée ? », in *40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, Rencontres caennaises de procédure civile, 11 mars 2016, Dalloz, 2016, p. 89.

Meulders-Klein (Marie-Thérèse), *La personne, la famille & le droit, Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1998, Avant-propos.

Molinié (François), « Le point de vue de l'avocat », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 64.

Passeron (Jean-Claude) et Revel (Jacques), « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités » in Passeron (Jean-Claude) et Revel (Jacques) (dir.), *Penser par cas*, Editions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2005, p. 9.

Pellé (Sébastien), « Métamorphose de la loi et contrôle de proportionnalité », in Mazeaud (Pierre), Puigelier (Catherine) et Terré (François), *Les métamorphoses de la loi, En hommage à Jean Foyer*, Editions Panthéon-Assas, 2022, p.347.

Perrin (Jean-François), « Article 4 », in Pichonnaz (Pascal) et Foëx (Bénédict), *Commentaire Romand, Code Civil I, articles 1-359*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010.

Petit (Jacques), « L'arrêt Nicolo et la nature du contrôle de conventionnalité de la loi », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 177.

Ponsot (Dominique), « Le contrôle de proportionnalité en matière de contrats : l'exemple du cautionnement », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 103.

Prétot (Sophie), « La motivation enrichie en droit de la famille : brèves observations sur une évolution malgré tout pertinente », in Dugué (Marie) et Traullé (Julie), *La motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation*, LexisNexis, 2023, p. 67.

Raynaud (Philippe), « L'équité dans la philosophie politique », in Lambert (Thierry) (dir.), *Égalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p. 3.

Raynaud (Pierre), « Le contentieux familial en droit judiciaire français », in Cambier (Cyr), *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial, approche comparative*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 89.

Richaud (Coralie), « L'impact des algorithmes sur la rédaction des décisions de justice », in Malhière (Fanny), *Comment rédiger une décision de justice au XXI^e siècle ?*, Dalloz, 2018, p. 83.

Rouvière (Frédéric), « Les différentes formes de contrôle de proportionnalité », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 75.

Saumon (Olivier), « Le principe de proportionnalité est-il un art du compromis ? » in *Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, Association droit et procédure p. 27.

Sauvé (Jean-Marc), « Introduction », in *La justice prédictive, actes du colloque du 12 février 2018 organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire, en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine*, Dalloz, 2018, p. 7.

Sturlèse (Bruno), « Le contrôle de proportionnalité en droit immobilier : beaucoup de bruit pour pas grand-chose ! », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 125.

Sudre (Frédéric), « Introduction » in Sudre (Frédéric) (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2014, p. 15.

Théry (Philippe), « La notion de juridiction » in Amrani-Mekki (Soraya), *Procédure civile et procédure pénale. Unité ou diversité ?*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 41.

Touzé (Sébastien), « L'arrêt Nicolo et la protection internationale des droits de l'Homme », in Picod (Fabrice) et Plessix (Benoît) (dir.), *Le juge, la loi et l'Europe, les trente ans de l'arrêt Nicolo*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 124.

Troper (Michel), « La doctrine et le positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 291.

Vigneau (Vincent), « Propos introductifs », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 11.

Vigneau (Vincent) et **Siffrein-Blanc** (Caroline), « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », in Agresti (Jean-Philippe) (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, p. 81.

Werro (Franz), « Article 41 », in Thévenoz (Luc) et Werro (Franz), *Commentaire Romand, Code des obligations I, articles 1-529*, Helbing Liechtenstein, Bâle, 2012.

IV : Articles

Adam (Patrice), « Abracadabra : le magicien et le barème », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 739.

Afroukh (Mustapha), « Le contrôle de conventionnalité in concreto est-il vraiment “dicté” par la Convention européenne des droits de l’Homme ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2019, chronique n°4.

Agostini (Frédérique), « Quelle place pour le juge au quotidien ? », *Gazette du Palais*, 2020, Hors-série (16^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine – L’amiable : concevoir et construire), p.14.

Al-Sanhoury (Abd el-Razzâq), « Le standard juridique », in *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, tome II, Sirey, 1934, p. 145.

Altwegg-Boussac (Manon), « La “nature” de l’“appréciation du Parlement” selon le Conseil constitutionnel : la société, la science, et cetera », *La revue des droits de l’Homme*, Revue en ligne du CREDOF, 2021, n°20.

Amrani-Mekki (Soraya) :

– « Le défaut de notification de la déclaration d’appel à l’avocat de l’intimé constitué après l’avis 905 n’est pas sanctionné », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°42, p. 41 ;

– « Quelle place pour le justiciable devant les Cours suprêmes », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n° 42, p. 41.

– « L’hospitalisation d’un avocat n’étant pas une cause d’interruption de l’instance, elle n’a pas d’effet sur le cours du délai de l’article 908 du CPC », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n°17, p. 76 ;

– « L’appel en matière civile : en marche vers un nouvel équilibre procédural ? À propos du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d’incompétence et à l’appel en matière civile », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 23, p. 659 ;

– « Chantier de l’amiable : concevoir avant de construire », in Chainais (Cécile) et Lagarde (Xavier), *Réformer la justice civile, séminaire de droit processuel*, Actes du colloque du 6 février 2018 reproduits dans *La semaine juridique, Edition générale*, LexisNexis, supplément au n°13, 2018, p.63 ;

– « Le défaut de notification de la déclaration d’appel à l’avocat de l’intimé constitué après l’avis 905 n’est pas sanctionné », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2018, n°28, p. 75 ;

- « La procédure civile réécrite sous contraintes sanitaires ; À propos de l’ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2020, n°16, p. 63 ;
- « Propos introductifs », in *16^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine — L’amiable : concevoir et construire*, reproduit dans *Gazette du Palais*, Lextenso, 2020, hors-série n° 2, p. 8 ;
- « Revirement sur l’application dans le temps des revirements », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2021, n°16, p.44
- « Un peu de douceur dans ce monde procédural abrupt », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2021, n°27, p. 40.
- « Des dossiers civils longs et complexes », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n° 23, p. 28 ;
- « Haro sur le formalisme excessif ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n° 25, p. 34.

Amselek (Paul) :

- « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1997, p.337 ;
- « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p.983.

Ansault (Jean-Jacques), « Expulsion : contrôle de proportionnalité et droits fondamentaux », *Gazette du Palais*, 2016, n° 23, p. 16.

Arens (Chantal), « Conclusion », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 128.

Atias (Christian), « Les maux du droit et les mots pour le dire », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1997, p.231.

Bahurel (Charles) :

- « Le standard du raisonnable », *Revue de droit d’Assas*, Lextenso, n° 9, février 2014, p. 60 ;
- « Mariage entre alliés : le temps plus fort que la loi », *Deffrénois*, Lextenso, 2014, n° 3, p. 140.

Barak (Aharon), « Proportionality and principled balancing », *Law and ethics of Human rights*, DeGruyter, 2010, n° 4, p. 30.

Baranès (William) et Frison-Roche (Marie-Anne), « Le souci de l’effectivité du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1996, p. 301.

Barbe (Guillaume), « Arbitrer les litiges testamentaires », *Les petites affiches*, Lextenso, 31 août 2021, p. 19.

Batteur (Annick), « L’interdit de l’inceste, principe fondateur du droit de la famille », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2000, p. 759.

de Béchillon (Denys) :

- « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2002, p.973 ;

– « Observations sur le contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015*, publiés dans *La semaine juridique, Édition générale*, supplément au n° 1 de l'année 2016, LexisNexis., p. 29 ;

– « Observation sur la motivation des arrêts », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015*, actes publiés dans *La semaine juridique, Édition générale*, supplément au n° 1 de l'année 2016, LexisNexis, p. 35.

Bégin (Luc), *L'internationalisation des droits de l'homme et le défi de la "contextualisation"* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles, 2004, vol. 53, p. 63.

Beigner (Bernard) et **Ben Hadj Yahia** (Sonia), « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 490.

Beigner (Bernard), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de science juridique*, Société pour l'histoire des Facultés de droit, n° 6, 1988, p. 77.

Bellet (Pierre), « Le juge et l'équité », *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9.

Bellivier (Florence) et **Rochfeld** (Judith), « Droit successoral — Conjoint survivant — Enfant adultérin », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2002, p. 156.

Bénabent (Alain), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz 2016, p. 137.

Bergère-Mestrinaro (Clément), « Un arrêt qui coule de source(s) », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n° 18, p. 1.

Bernand (Younes), « L'article 333, alinéa 2 du Code civil à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n° 10, p. 200.

Binet (Jean-René), « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2014, n° 1, p. 11.

Boffa (Romain) :

– « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 2163 ;

– « Empiètement : une dose de proportionnalité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1092.

Bonnet (Julien) et **Roblot-Troizier** (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 821.

Boré (Louis), « L'office du juge en première instance, en appel et en cassation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2019, p. 41.

Boudon (Marie-Sophie), « L'empiétement, pour la fin d'une approche moniste », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1964.

Brémond (Vincent) :

– « Protection du logement de la famille : La conformité de l'action en nullité de l'article 215, alinéa 3, du Code civil aux intérêts du conjoint demandeur », *La semaine juridique notariale et immobilière*, LexisNexis, 2010, p. 1226 ;

– « Régime primaire, article 215 alinéa 3 du code civil : la nullité du compromis de vente du logement de la famille signé par un époux seul infecte la clause pénale qui lui est attachée », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, p. 367.

Brunet (Pierre), « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, PUF, 2004, n° 1, p. 197.

Brunetti-Pons (Clotilde), « De quelques réflexions autour d'un phénomène de déjudiciarisation en droit des personnes et de la famille », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n°17, p. 7.

Buat-Ménard (Eloi), « La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes — l'expérience française », *Les cahiers de la justice*, Dalloz, 2019, p. 269.

Cadiet (Loïc), « L'accès à la justice », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 522.

Camy (Olivier), « Le positivisme comme moindre mal ? Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles, 1997, volume n°39, p. 1.

Carbonnier (Jean), « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, Presses universitaires de France, volume 9 (1957-1958), p. 3.

Casey (Jérôme), « Des réalités de terrain oubliées ; Sur la censure de l'interdiction de recevoir L116-4 CASF », *AJ Famille*, Dalloz, 2021, p. 231.

Cayrol (Nicolas), « “Ce qui tombe sous le sens rebondit ailleurs”. À propos du droit d'accès effectif au juge des personnes qui sollicitent l'aide juridictionnelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 453.

Cazeneuve (Bernard), « Rendre le droit plus clair, plus simple et aisément accessible à tous », *La semaine juridique Edition générale*, LexisNexis, 2021, Supplément au n° 3 (« Changer de culture normative »), p. 11.

Chabas (François), *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 1982, n° 19861.

Champenois (Gérard), Note sous Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 3 mars 2010, n° 08-18.947, *Deffrénois*, Lextenso, 2011, p. 368.

Chauvet (Alex), « Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge judiciaire à la lumière du droit constitutionnel : Réflexions au regard du principe de séparation des pouvoirs et du principe d'égalité devant la loi », *Revue Justice Actualités*, n°24, ENM, Décembre 2020, p. 30.

Chauvin (Pascal), « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n° 43, p. 10.

Chazal (Jean-Pascal) :

- « Droit de propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 763 ;
- « La propriété privée : une arme qui doit être contrôlée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 2177.

Chénéde (François) :

- « Les conditions de l'action en recherche de paternité écartées au nom du droit au respect de la vie privée et familiale », *AJ Famille*, Dalloz, 2011, p. 429 ;
- « De l'équité aux droits de l'homme », *AJ Famille*, Dalloz, 2013, p. 663 ;
- « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Deffrénois, 2013, p. 139 ;
- « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 179 ;
- « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 829 ;
- « Brèves remarques sur la "fondamentalisation" du droit de la famille », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 41 ;
- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 796 ;
- « Nullité du mariage entre alliés, Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 953 ;
- « Le droit civil, au naturel », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 506 ;
- « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*, Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 1142.

Chérot (Jean-Yves), « Sur les usages de la distinction par le juge du contrôle de proportionnalité *in abstracto* et *in concreto* », *Études en l'honneur du professeur Marie-Laure Mathieu*, Comprendre : des mathématiques au droit, Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 177.

Cheyne de Beaupré (Aline), « Une décision incestueuse », *Revue juridique personnes et famille*, Lamy, 2014, n° 2, p. 23.

Collet (Sébastien), **Illhé** (Romain) et **Thibert-Belaman** (Sophie), « L'essor de la fiducie à la faveur de l'ingénierie notariale », *Deffrénois*, Lextenso, 2022, n° 40-41, p. 21.

Collomp (Anne-Lise), **Corbel** (Catherine) et **Jariel** (Ludovic), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 1248.

Colonna d'Istria (François), « Le poids de la tradition dans l'argumentation juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2019, p. 727.

Cornu (Gérard), « La jurisprudence aujourd'hui », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1992, p. 342.

Couard (Julien), « L'abus de droit : un concept polysémique ? », *Les cahiers Portalis*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2023, n°3, p. 21.

Croze (Hervé), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Deffrénois, 2005, p. 181.

Dalmasso (Raphaël) et **Signoretto** (Camille), « Une première évaluation du « barème » d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse mis en place par l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre 2017 », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 135.

Dauchy (Serge), « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, n° 256, p. 325.

Dekeuwer-Défossez (Françoise), « La prohibition des mariages incestueux à l'épreuve des droits de l'homme. Phèdre réhabilitée », *Revue Lamy droit civil*, Lamy, 2014, n° 112, p. 43.

Depondt (Axel) :

– « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *La semaine juridique Édition générale*, 2015, n°15, p. 429 ;

– « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *La semaine juridique notariale et immobilière*, LexisNexis, 2015, n°17, p. 1141.

Desbois (Henri), *JCP*, 1948 II, n°4616.

Deshayes (Olivier), « L'office du juge à la recherche de sens », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1102.

Desmons (Eric), « Démocratie constitutionnelle ou autocratie judiciaire ? », *Revue des deux mondes*, Février-Mars 2018, p. 72.

Deumier (Pascale) :

– « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2006, p. 510 ;

- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2022 ;
- « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p.65 ;
- « Contrôle de conventionnalité, l’esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 578 ;
- « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 1783 ;
- « La jurisprudence d’aujourd’hui et de demain », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 600 ;
- « Mesurer l’inflation normative », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 611 ;
- « La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 60, 2018, p. 49 ;
- « La jurisprudence : petite histoire d’une grande évolution », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2021, p.607 ;
- « L’exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* : l’esprit et les méthodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 575 ;
- « La modulation de la jurisprudence et la foi accordée au droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2023, p.63.

Douchy-Oudot (Mélina) :

- « Contrôle de proportionnalité et filiation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2019, n° 3, p. 41 ;
- « Contentieux familial », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 505.

Drago (Guillaume), « Constitutionnalité et proportionnalité : Jalons pour une analyse critique » *in Révolution, Constitution, Décentralisation, Mélanges en l’honneur de Michel Verpeaux*, Dalloz, 2020, p.239.

Dreyer (Emmanuel), « L’équilibre du droit et de la liberté, ou l’histoire du verre à moitié plein, à moitié vide », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2018, p. 380.

Dross (William) :

- « Où en est-on de la sanction de l’empiètement ? Démolition, astreinte, proportionnalité et constitutionnalité », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2017, n° 19, p. 63
- « Empiètements : la Cour de cassation maintient le cap », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 191 ;
- « Propriété et proportionnalité : nouveaux épisodes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 158 ;
- « Proportionnalité et expulsion : contrôle abstrait, contrôle concret ou absence de contrôle ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 156 ;
- « Quand la proportionnalité s’invite à la table de l’empiètement », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 416. ;
- « L’expulsion du propriétaire et ses droits fondamentaux », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 428.

Dross (William) et **Mallet-Bricout** (Blandine), « L'avant-projet de réforme du droit des biens », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2009, p. 508.

Dubout (Édouard), « Le côté obscur de la proportionnalité », *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 183.

Ducoulombier (Peggy), « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 1778.

Dupré de Boulois (Xavier) :

– « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue des droits de libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2015, Chronique n°8 ;

– « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2018, chronique n°4.

Dutheillet de Lamothe (Louis) et **Odinet** (Guillaume), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 1398.

Égéa (Vincent) :

– « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Droit de la famille*, LexisNexis, n° 1, janvier 2019, dossier 6 ;

– « Un semestre de droit procédural de la famille (juillet 2020/décembre 2020) », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2021, n°4, chronique 1 ;

– « Développement des modes amiables de résolution des conflits », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n° 5, p. 73.

– « Pour un droit processuel de la famille », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n° 6, p. 6 ;

– « Haro à Strasbourg sur l'excès de formalisme », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2022, n° 9, p. 122.

Eoche-Duval (Christophe), « Un “mal français” : son “é-norme” production juridique ? », *Revue du droit public*, Lextenso, 2022, n° 2, p. 421.

Etienney de Sainte Marie (Anne), « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 2405.

Fabre-Magnan (Muriel) :

– « Avortement et responsabilité médicale », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2001, p. 285 ;

– « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 224.

Fardet (Christophe), « La place des décisions de justice dans la hiérarchie des normes », *Droits*, PUF, 2009, n°2, p.221.

Favoreu (Louis), « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, p.557.

Feldman (Jean-Philippe) :

– « La propriété privée : une garantie de la liberté qui doit être strictement défendue », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, p. 157 ;

– « L'inflation normative et la complexité du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2022, p. 1145.

Fenouillet (Dominique) « Le non droit, Une invitation à lire et relire Carbonnier », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°19, décembre 2019, p. 149.

Fourment (Victoria), « La doctrine face au contrôle de proportionnalité *in concreto* comme illustration d'une controverse sur les méthodes du droit », *Revue de la recherche juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, n° 5, p. 2051.

Fournier de Crouy (Nathalie), « Les différents usages du barème d'indemnisation : retour sur l'article L. 1235-3 du Code du travail », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2019, p. 29.

Fricero (Natalie) :

– « Actualités législatives et jurisprudentielles », intervention prononcée lors des États généraux du droit de la famille et du patrimoine les 24 et 25 janvier 2019 à la Maison de la chimie (Paris), retranscrite dans un hors-série de la *Gazette du Palais* en date du 30 avril 2019, p.21 ;

– « Procédure civile », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 543 ;

– « Contrôle de proportionnalité et charges procédurales en appel », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2021, n°41, p. 1050.

Frison-Roche (Marie-Anne), « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p.310.

Fulchiron (Hugues) :

– « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2365 ;

– « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1376 ;

– « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1472 ;

– « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1980 ;

– « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 2496.

– « Prescription des actions relatives à la filiation et droit au respect de la vie privée », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n° 10, p. 47

– « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2017, n°1, p. 52 ;

- « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et dynamique des normes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 271 ;
- « Contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 656 ;
- « L’anonymat du donneur de gamète : des règles contestées *in abstracto*, mais incontestables *in concreto* », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2018, n°3, commentaire n°74 sur Conseil d’État, 10^e et 9^e chambres réunies, 27 décembre 2017, n°396571 ;
- « L’enfant né d’un inceste », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2017, n°11, p. 224 ;
- « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 468 ;
- « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 649 ;
- « Souplesse de la règle et balance des intérêts : condamnation des délais rigides en matière de filiation », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2018, n°6, p. 149 ;
- « La constitutionnalisation de l’intérêt supérieur de l’enfant », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 709 ;
- « *Vade mecum* du contrôle de conventionnalité », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2019, n°2, p. 20 ;
- « La conventionnalité *in abstracto* ne dispense pas d’un contrôle de conventionnalité *in concreto* », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2019, n°12, p. 31.

Galbois-Lehalle (Diane), « La liberté d’expression à l’épreuve de la lutte contre les contenus illicites en ligne », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2021, p. 319.

Garapon (Antoine), « Les enjeux de la justice prédictive », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 1, p. 34.

Gauchet (Marcel), « Que faire des droits de l’homme ? », *Revue des deux mondes*, Février-Mars 2018, p. 8.

Gaudemet-Tallon (Hélène) *in* Gaudemet-Tallon (Hélène) et Jault-Seseke (Fabienne), « Droit international privé février 2011 — janvier 2012 », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2012, p. 1228.

Gautier (Pierre-Yves) :

- « Pour le rétablissement du livre préliminaire du code civil », *Droits*, PUF, 2005, n° 41, p. 37.
- « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2189 ;
- « Éloge du syllogisme », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, p. 902.
- « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : “ l’anti-Daguesseau ” », *La Semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2016, n°7, p. 337 ;
- « La “balance des intérêts” au secours de l’entrepreneur : pas de démolition de l’ouvrage mal construit, en application d’un contrat nul », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 140 ;
- « La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 64.

- « Retour au Moyen-Âge : le droit moral dévasté par la balance des intérêts », *Dalloz IP/IT*, Dalloz, 2019, p. 101 ;
- « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55.

Gautier (Pierre-Yves) et **Pezard** (Alice), « Nouvelle méthode de raisonnement du juge ? L'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2015 sur le "juste équilibre" des droits », *Légicom*, Victoires éditions, 2016, n°57, p. 5.

Girardet (Alain), « L'équité du juge : et si on levait le voile ? », *Justices*, Dalloz, 1998, n° 9, p. 1.

Gogos-Gintrand (Amélie) « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2409.

Goltzberg (Stefan),

- « Le cas, entité hybride. Torsions de concepts juridiques et classification des concepts-rustines en histoire du droit et en droit comparé », *Revue de la recherche juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018, n° 5, p. 2038 ;
- « Principe de l'effet utile et sophisme de l'homme de paille : droit talmudique et droit français », *Droits*, PUF, 2019, n°70, p. 237.

Gouttenoire (Adeline), « Le mariage entre alliés validé par le temps », *Lexbase Hebdo Édition privée générale*, Lexbase, 2014, n° 553.

Gouttenoire (Adeline), **Gris** (Christophe), **Martinez** (Mickaël), **Maumont** (Bertrand) et **Murat** (Pierre), « CIDE — La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après Commentaire article par article », *Droit de la famille*, 2009, n°11, p. 13.

Granet-Lambrechts (Frédérique) :

- « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2018, p. 528 ;
- « Droit de la filiation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 663.

Gridel (Jean-Pierre), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *Les petites affiches*, Lextenso, 5 mars 2009, p. 113.

Grimaldi (Michel), « La représentation de l'héritier renonçant », *Deffrénois*, Lextenso, 2008, n°1, p. 25.

Guedes Fontes (Paulo Gustavo) « Robser Alexy, Pondération et particularisme moral », *Revue de la recherche juridique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2020, n°3, p. 1692.

Guével (Didier), « La famille incestueuse », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2004, n°290, p. 2.

Guilhem (Julia), « QPC en droit de la famille : l'effectivité emporte-t-elle l'efficacité ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 327.

Guilmain (Antoine), « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *McGill Law Journal*, McGill Faculty of Law, Montréal, septembre 2015, vol 61, p. 87.

Guinchard (Serge) :

– « L'ambition d'une justice civile rénovée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1999, p. 65 ;

– « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p.609 ;

– « D'un souffle républicain à l'autre : les coutures du droit à l'aune de la devise républicaine », in *Les coutures du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Théry*, LGDJ Dalloz, 2022, p. 291.

Guinchard (Serge), **Ferrand** (Frédérique) et **Moussa** (Tony), « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 278.

Guyomar (Mattias), « La cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le "contrôle du contrôle" », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 15.

Haftel (Bernard), « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2016, p. 1477.

Hauriou (Maurice), « Police juridique et règle de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1923, p. 265.

Hauser (Jean) :

– « Empêchements à mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p. 758 ;

– « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Lexis-Nexis Litec et Dalloz, 2006, p. 155 ;

– « Le droit à l'expertise biologique et la Convention EDH : la vérité biologique à tout moment ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2011, p. 526 ;

– « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du Code civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 88 ;

– « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'État a du cœur ! », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 834 ;

– « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 7, p. 297.

Hébraud (Pierre), « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil », *Recueil Dalloz*, 1946, p. 337.

Hébraud (Pierre) et **Raynaud** (Pierre), *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1949, p. 119.

Henette-Vauchez (Stéphanie), « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2009, p. 238.

Hervio-Lelong (Anne), « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2002, p. 2069.

Hochmann (Thomas) « Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2021, p. 805.

Houssier (Jérémy), « Nouveau fait d'armes pour le contrôle de proportionnalité : la validation d'une filiation incestueuse », *AJ Famille*, Dalloz, 2017, p. 545.

Jackson (Vicki), « Constitutional Law in Age of Proportionality », *The Yale law journal*, Yale law journal company, Volume 124, n°8, juin 2015, p. 3094.

Jamin (Christophe) :

– « Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1999, p. 225 ;

– « Juger et motiver », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2015, p. 263 ;

– « Motivation des arrêts : une alternative », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2015, p. 2001.

– « Cour de cassation : une question de motivation », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n° 29, p. 818 ;

– « Le Grand Inquisiteur à la Cour de cassation », *Actualité Juridique Droit Administratif*, Dalloz, 2018, p. 393 ;

– « Le principe de proportionnalité : une acclimatation difficile », *in Droits de l'Homme et libertés fondamentales dans le procès civil*, Colloque tenu à la Cour de cassation le 30 septembre 2019, reproduit dans *Les cahiers de Droit et Procédure*, Association droit et procédure, p. 13.

Jestaz (Philippe), « Droit commun et droit spécial », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2023, p. 837.

Jestaz (Philippe), **Margénaud** (Jean-Pierre) et **Jamin** (Christophe), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2014, p. 2061.

Juillet (Christophe), *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n° 9, février 2014, « Les standards juridiques en droit des sûretés », p. 73.

Kalinowski (Georges) « Le Syllogisme d'application du droit », *Archives de philosophie du droit*, Tome IX, 1964, p. 273.

Kennedy (Duncan) et **Klare** (Karl), « A bibliography of Critical Legal Studies », *Yale law journal*, volume 94 (1984), p. 461.

Lambert (Alain), « Allocution d'ouverture », *La semaine juridique Edition générale*, LexisNexis, 2021, Supplément au n° 3 (« Changer de culture normative »), p. 8.

Lagarde (Gaston), *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1949, p. 70.

Lardeux (Gwendoline), « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2012, p. 1596.

Larribau-Terneyre (Virginie), « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n° 3, p. 46.

Larroumet (Christian), *Recueil Dalloz*, Dalloz, 1982, p. 449.

Lassale (Alice), « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *Revue des droits de libertés fondamentaux*, Revue en ligne, 2018, chronique n° 25.

Le Gac-Pech (Sophie), « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 46.

Legendre (Rebecca), « Le contrôle de proportionnalité dans les contentieux de droit international privé des personnes et de la famille », *Revue Justice Actualités* n°24, ENM, Décembre 2020, p. 20.

Lequette (Yves), « Des juges littéralement irresponsables... », in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 309.

Leroyer (Anne-Marie) :

– « L'anonymat du donneur de gamètes devant le Conseil d'État : *bis repetita* », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 86 ;

– « Les délais de prescription en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme », *Revue trimestrielle de Droit civil*, Dalloz, 2019, p. 87 ;

– « Le juge et le transfert d'embryon *post mortem* : illustration de l'arbitraire », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 355.

Leveneur (Laurent), « Propos introductifs », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, 2018, n° 16, p. 47.

Libchaber (Rémy), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1997, p.792.

Loiseau (Grégoire), « La fondamentalisation du droit des personnes », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 37.

Loiseau (Grégoire) et **Sauvage** (Jacques-Frédéric), « Barème d'indemnités : en revenir au droit », *Bulletin Joly Travail*, Lextenso, 2021, n°5, p.12.

Lokiec (Pascal) :

- « Le barème ou le préjudice amputé », *Semaine sociale* Lamy, Lamy, 2021, n°1950 ;
- « L'intouchable barème des indemnités prud'homales », *Recueil Dalloz*, 2022, p. 1088.

Louvel (Bertrand) :

- « Réflexions à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1326 ;
- « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n° 43, p. 1122 ;
- « La Cour de cassation face aux défis du XXIe siècle », *Les cahiers de Portalis*, Institut Portalis, 2016, n°3, p. 11 ;
- « La justice n'est pas une administration comme les autres », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2018, n°26, p.9.

Manent (Pierre), « L'empire de la morale », *Commentaire*, 2001/3, n° 95, p.501.

Marguénaud (Jean-Pierre) :

- « Vers la liberté du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2005, p. 735.
- « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2014, p. 307 ;
- « Le progrès et le droit », *La revue des droits de l'Homme*, Revue en ligne du CREDOF, 2015, n° 8 ;
- « La fondamentalisation du droit privé », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n°11, octobre 2015, p. 33 ;
- « La mise en œuvre du principe de "proportionnalité privatisée" par la première chambre civile de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2015, p. 825 ;
- « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 349 ;
- « La présence des détenus aux funérailles de leurs proches », *Revue de science criminelle*, Dalloz, 2019, p. 713 ;
- « L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, Anthemis, 2020/2, n°122, p. 139.

Martens (Paul), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présences du droit public et des droits de l'homme*, *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 49.

Martinel (Agnès), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », *Revue Justice Actualités*, ENM, n°24, Décembre 2020, p. 60.

Marzal (Toni), « La Cour de cassation à l'âge de la balance », *Revue trimestrielle de Droit civil*, Dalloz, 2017, p. 789.

Mathews (Jud) et **Stone Sweet** (Alec), « Proportionality balancing and global constitutionalism », *Columbia journal of transnational law*, Columbia Journal of Transnational Law Association, 2008, n°47, p. 72.

Mathieu (Benjamin), « La Cour de cassation et l'art de la rhétorique », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2023, p.45.

Mathieu (Marie-Laure), « Contrôle de proportionnalité : les apports de la logique », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n° 16, 2018, p. 66.

Mauger-Vielpeau (Laurence), « La filiation paternelle à l'épreuve du contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2019, p. 207.

Maury (Jacques), « Observations sur les idées du professeur H. Kelsen », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, LGDJ, vol.49, 1929, p. 537.

Mazeaud (Denis), « Vie privée des personnes publiques : toujours moins ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 362.

Mehl (Lucien), « Informatique juridique et droit comparé », *Revue internationale du droit comparé*, LGDJ, 1968, p. 617.

Mekki (Mustapha) :

– « Le « citoyen au cœur du service public de la justice » : info ou intox ? », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2016, n°43, p. 3 ;

– « Le juge et le droit de la responsabilité civile, Propos introductifs », *Revue des contrats*, Lextenso, 2017, n°4, p. 112.

Mélin-Soucramanien (Bérengère), « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis Dalloz, 2012, p. 382.

Melleray (Fabrice), « Vertige du contrôle de conventionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2022, p. 1001.

Ménard (Benjamin), « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? Prospection à partir de l'abus du droit de propriété », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 1.

Miaile (Michel), « La critique du droit », *Droit et société*, LGDJ, n°20-21, 1992, p. 73.

Millard (Éric), « Le positivisme et les droits de l'Homme », *Jurisprudence-Revue critique*, Université de Savoie, 2010, n°1, p. 47.

Mirbail (Solange), « L'indignité successorale : de la cohérence à l'incohérence ! », *Gazette du Palais*, Lextenso, 2022, n° 26, p. 17.

Molfessis (Nicolas) :

– « L'équité n'est pas une source du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1998, p. 221 ;

– « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *Petites affiches*, Lextenso, 1998, n°117, p. 21 ;

– « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1999, p. 232 ;

– « Les "avancées" de la sécurité juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2000, p. 660 ;

– « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2003, p. 161 ;

– « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, Seuil, 2008, n°126, p. 87.

Monéger (Françoise), « L'accès aux origines des enfants issus d'un don », *Revue de droit sanitaire et social*, Dalloz, 2021, p. 836.

Motulsky (Henri) :

– « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, Sirey, 1959, p. 257 (reproduit dans Motulsky (Henri), *Écrits - Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 38) ;

– « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II, Dalloz et Sirey, 1961, p. 175 (reproduit dans Motulsky (Henri), *Écrits - Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 60).

– « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Recueil Dalloz*, 1964, p. 235 (reproduit dans Motulsky (Henri), *Écrits - Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2009, p. 101).

Mouly (Jean) :

– « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? », *Droit social*, Dalloz, 2019, p. 234 ;

– « Le barème Macron inopportunément renforcé par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 733.

Mouly (Jean) et **Marguénaud** (Jean-Pierre), « Le barème Macron dans les griffes du droit européen des droits de l'homme », *Droit social*, Dalloz, 2023, p. 14.

Murat (Pierre), « CIDE : on aime ou on n'aime pas, mais on ne peut ignorer... », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2009, n°11, p. 10.

Ost (François) et **Van de Kerchove** (Michel), « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1988, Volume 33, p.1977.

Pégliion-Zika (Claire-Marie), « Existe-t-il un droit de l'homme à hériter ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2018, p. 1.

Perrin (Ségolène), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Droit de la famille*, LexisNexis, 2010, n°6, étude 16.

Perrot (Roger), « Procédure civile d'exécution et droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2007, p. 643.

Perrotin (Frédérique), « Mini-abus de droit : des précisions attendues », *Les petites affiches*, Lextenso, 2019, n°187, p. 4.

Philippe (Xavier), « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Les petites affiches*, Lextenso, 5 mars 2009, p. 6.

Plessix (Benoît), « La justice administrative et l'esprit du siècle », *Commentaire*, 2022/3, n° 179, p. 579.

Ponthier (Jean-Marie), « La balance des intérêts », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2021, p. 1309.

Potocki (André), « La relation de la justice aux pouvoirs politiques », in États généraux de la justice civile - Réflexions à partir du rapport Sauvé - Colloque du 15 septembre 2022, *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2022, supplément au n° 41, p. 17.

Prévost-Gella (Jérôme), « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 855.

Puig (Pascal) :

– « Hiérarchie des normes, du système au principe », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2001, p. 749 ;

– « L'excès de proportionnalité », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 70.

Radé (Christophe), « Barème : vous avez dit « motivation enrichie » ? », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 473.

Riancho (Simon), « Barème dit « Macron » : la conventionnalité affirmée à l'aune de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT », *Bulletin Joly Travail*, Lextenso, 2022, n° 6, p. 16.

Ripoche (Elléa), « Les divergences de jurisprudence devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'émergence d'un droit à une jurisprudence équitable », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 25.

Roblot-Troizier (Agnès), « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, Seuil, 2012, n°4, p.89.

Rottier (Edouard), « La justice prédictive et l'acte de juger : Quelle prévisibilité pour la justice ? », *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, Tome 60, 2018, p. 189.

Roussel (Sophie) et **Nicolas** (Charline), « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 497.

Rouvière (Frédéric) :

- « Apologie de la casuistique juridique », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 118 ;
- « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 524 ;
- « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2017, p. 527 ;
- « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités*, ENM, Décembre 2020, n°24 p. 35.
- « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2020, p. 538 ;
- « Dix problèmes épistémologiques sur la justice prédictive », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2021, p. 587 ;
- « Peut-on penser l'indemnisation par barème ? », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2021, p. 634 ;
- « Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2021, p. 980.
- « Typologie des problèmes juridiques et argumentation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2022, p. 559.

Salas (Denis), « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, Dalloz, 1998, n° 9, p. 109.

Sauvé (Jean-Marc) :

- « Entre rédemption et persévérance, vers un rééquilibrage des principes de subsidiarité et d'effectivité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Les droits de l'Homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis 2018, p. 711 ;

– « Restaurer la justice », *Commentaire*, 2022/4, n° 180, p. 773.

Scaboro (Romain), « Le droit de propriété, un droit absolument relatif », *Droit et ville*, Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement, 2013, n°76, p. 237.

Sériaux (Alain) :

– « Réflexions sur les délais de grâce », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1997, p. 789 ;
– « Quand proportionnalité rime avec équité », *Cahiers de méthodologie juridique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, n° 32, 2018, p. 2071.

Serverin (Évelyne) et **Dalmasso** (Raphaël), « Quelle place pour les faits dans la mesure de l'effet des règles ? Une autre interprétation *in abstracto* est possible », *Droit social*, Dalloz, 2022, p. 729.

de Silva (Michèle), « La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, septembre 1978, Franco Angeli, Milan, p. 463.

Stoyanovitch (Konstantin), « Y a-t-il une science du droit ? Contribution à l'épistémologie générale », *Archives de philosophie du droit*, 1959, Volume 4, p.67.

Sturlèse (Bruno), « Empiètement : critique du refus de la Cour de cassation du contrôle de proportionnalité », *Defrénois*, Lextenso, 2018, n°33, p. 24.

Sudre (Frédéric) :

– « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *La semaine juridique édition générale*, 2001, p. 335 ;
– « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pedone, 2004, p.207 ;
– « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2013, n°42, p. 1912 ;
– « La mystification du “consensus” européen », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2015, n°50, p. 1369 ;
– « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2017, n°11, p. 289 ;
– « La Convention EDH a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *La semaine juridique édition générale*, LexisNexis, 2018, p. 1798.

Terré (François), « Esquisse d'une sociologie des procès », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Tome 39, 1995, p. 267.

Théry (Philippe) :

– « Autorité de chose jugée — Rapport de synthèse », *Procédures*, LexisNexis, 2007, n°8-9, p. 22 ;

– « Propos conclusifs », *Revue de droit d'Assas*, Lextenso, n° 16, 2018, p. 98.

Thouret (Sylvain), « La responsabilité de l'avocat ou l'art de concilier audace et sécurité », *AJ Famille*, Dalloz, 2019, p. 388.

Touffait (Adolphe) et **Tunc** (André), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 1974, p. 487.

Trigeaud (Jean-Marc), « Ontologie de l'équité », *McGill Law Journal*, McGill Faculty of Law, Montréal, 1989, volume 34, p. 422.

Tropper (Michel) :

– « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista Opinião Juridica*, Unichristus, Fortaleza, n° 8, 2006, p. 301 ;

– « Un pouvoir à la recherche d'une fiction », *Commentaire*, 2022/2, n° 178, p. 255.

Tusseau (Guillaume) « Jérémy Bentham et les droits de l'homme. Un réexamen », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Anthemis, 2002, p. 407.

Urbina (Francisco), « Incommensurability and balancing », *Oxford journal of legal studies*, Oxford University Press, 2015, n° 3, p. 575.

Van Compernelle (Jacques), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires du Droit, Mélanges Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 495.

Van Drooghenbroeck (Sébastien) et **Delgrange** (Xavier) « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, Presses universitaires de Strasbourg, 2019, n° 7, p. 41.

Van Meerbeeck (Jérémie), « Penser par cas... Et par principes », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles, 2014, n°2, p. 73.

Vareille (Bernard) « Régime primaire, article 215 alinéa 3 du code civil : la nullité du compromis de vente du logement de la famille signé par un époux seul infecte la clause pénale qui lui est attachée », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2010, p. 367.

Vergès (Étienne), « Le juge face à la boîte noire : l'intelligence artificielle au tribunal », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2022, p. 1920.

Verpeaux (Michel), « État d'urgence sanitaire et procédure pénale », *Actualité juridique droit administratif*, Dalloz, 2021, p.810.

Vigneau (Vincent), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 123.

Wolmark (Cyril), « Barème Macron : les prémisses de l'arrêt n° 21-14.490 du 11 mai 2022 », *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2022, p.361.

Zenati-Castaing (Frédéric) :

– « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2007, p. 1553 ;

– « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2016, p. 511.

V : Encyclopédies et dictionnaires

Aarnio (Aulis), entrée « Dogmatique juridique », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

Albiges (Christophe), « Équité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Barrière (François), « Fiducie », *Répertoire de Droit civil*, Dalloz.

Benlisi (Stéphane), « Paiement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Blondel (Philippe), entrée « Stratégie judiciaire (Point de vue procédural) » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Bruschi (Marc), entrée « Prescription » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Cadiet (Loïc) et **le Tourneau** (Philippe), « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Carreau (Dominique), « Traité international », *Répertoire de droit public*, Dalloz.

Commaille (Jacques) :

– Entrée « Effectivité » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012 ;

– Entrée « Sociologie juridique » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Cornu (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005.

Demeester (Marie-Luce), « Avocat : Responsabilité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Deguergue (Maryse), entrée « Jurisprudence » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Deumier (Pascale), « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Dondero (Bruno), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017, p. 532.

Douchy-Oudot (Mélina), « Juge aux affaires familiales », *JurisClasseur Procédures formulaire*, LexisNexis.

Douchy-Oudot (Mélina) et **Joly-Hurard** (Julie), « Médiation et conciliation », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

Eudier (Frédérique) et **Gerbay** (Nicolas), « Jugement », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

Fontaine (Clotilde), Entrée « Égalité (Approche historique) », in Tharaud (Delphine) et Boyer-Capelle (Caroline) (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021.

Fricero (Natalie), entrée « Impartialité » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Gaillot-Mercier (Valérie), « Troubles de voisinage », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Gianformaggio (Letizia), entrée « Syllogisme juridique », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

Gouttenoire (Adeline), « Autorité parentale », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Granet-Lambrechts (Frédérique), « Filiation – Dispositions générales – Modes d'établissement de la filiation – Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *JurisClasseur Code civil*, LexisNexis.

Grynbaum (Luc), *Repertoire de droit civil*, Dalloz, entrée « Responsabilité du fait des choses inanimées ».

Guinchard (Serge) *et al.*, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 2020.

Jeuland (Emmanuel) :

– Entrée « Motivation » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004 ;

– Entrée « Syllogisme judiciaire » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Lalande (André), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, 1947.

Laroche-Gisserot (Florence), « Nom – Prénom », *Répertoire de Droit civil*, Dalloz.

Lascoumes (Pierre), entrée « Effectivité », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

Lasserre (Valérie), « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Le Guidec (Raymond) et **Chabot** (Gérard), « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.

Manai (Dominique), entrée « Equité », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

Maulin (Éric), « Positivismisme », in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Mausen (Yves), « Scolastique juridique », in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Michaut (Françoise), entrée « États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Millard (Éric), entrée « Effectivité des droits de l'Homme » in Gaudin (Hélène), Rials (Stéphane), Sudre (Frédéric), Marguénaud (Jean-Pierre) et Andriantsimbazovina (Joël), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008.

Monéger (Françoise), « Droits de l'enfant », *Répertoire de droit international*, Dalloz.

Moreau (Bertrand), « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

Picod (Fabrice), « Cour de justice : procédure », *Répertoire de droit européen*, Dalloz.

Pfersmann (Otto), entrée « Hiérarchie des normes » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Rey (Alain), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2016.

Salas (Denis), entrée « Magnaud (Le bon juge) » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Serverin (Évelyne) :

– Entrée « Jurisprudence », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993 ;

– Entrée « Jurisprudence » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Simon (Denys), « Directive », *Répertoire de droit européen*, Dalloz.

Sobek (Tomas) et **Montag** (Josef), « Proportionality Test » in Marciano (Alain) et Ramello (Giovanni Battista) *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, New York, 2018.

Sorel (Jean-Marc), « Équité », *Répertoire de droit international*, Dalloz.

Soulez-Larivière (Daniel), entrée « Avocat » in Cadiet (Loïc), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004.

Strickler (Yves), « Matière et procédure gracieuses », *Jurisclasseur civil*, LexisNexis.

Sudre (Frédéric) et **Surrel** (Hélène), « Droits de l’homme », *Répertoire de droit international*, Dalloz.

Szymczak (David), « Convention européenne des droits de l’homme : aperçu général », *Répertoire de droit européen*, Dalloz.

Taisne (Jean-Jacques) et Douchy-Oudot (Mélina), « Avocat », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz.

Testu (François-Xavier) entrée « Casuistique » in Alland (Denis) et Rials (Stéphane), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Tropper (Michel), entrée « Positivism », in Arnaud (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

Verpeaux (Michel), « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : compétence juridictionnelle », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

VI : Rapports et projets de loi

Nb : Les entrées sont classées chronologiquement.

Wolf (Harry), *Access to Justice - Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, HM’s Stationery office, juillet 1996

Les opinions dissidentes, conférence organisée le 18 octobre 2005 à la Cour de cassation, actes disponibles sur le site internet de la Cour de cassation.

Secrétariat général Service support et moyens du ministère de la Justice, Sous-direction de la Statistique et des Études, *Les adoptions simples et plénières en 2007*.

Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens proposé par l'Association Henri Capitant en 2009 et mis à jour en 2019.

de Castries (Henri) et **Molfessis** (Nicolas), (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Rapport du Club des juristes, 2015.

Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015, disponible sur le site internet de la Chancellerie.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, Étude annuelle 2016.

Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017.

Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude annuelle 2018.

Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée, Décembre 2018.

Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendu par la Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation en décembre 2018.

Caron-Dégli (Anne), « L'évolution de la protection juridique des personnes, Reconnaître, soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », Rapport de mission interministérielle, ministères de la Justice et des Solidarités et de la Santé, 2018.

Rapport annuel 2018 de la Cour de cassation, La documentation française.

Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts, Cour de cassation, 5 juin 2019, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

Rochfeld (Judith) (dir.), *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2019.

Cour de cassation, Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 2020, y compris ses annexes :

- **Canas** (Sophie) et **Le Cotty** (Rachel), *Note sur l'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile en cas de mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité/proportionnalité*, publiée en annexe au rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, p. 12 ;
- **Pireyre** (Bruno), *et al.*, *Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation*, publiée en annexe au Rapport 2020 du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, p. 15 ;
- Réponse de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation au groupe de travail sur le contrôle de proportionnalité, p. 39.

Belmokhtar (Zakia), *L'adoption en 2018*, Ministère de la Justice, Secrétariat général, septembre 2020.

Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, Juillet 2021.

Rendre justice aux citoyens, Rapport du comité des États généraux de la justice, Avril 2022.

Cour de cassation, Rapport des conseillers Prache et Barincou précédant l'arrêt n° 654 du 11 mai 2022 rendu par la Chambre sociale à la suite du pourvoi n° 21-14.490.

Cour de cassation, Avis de la Première avocate générale Berriat précédant l'arrêt n° 654 du 11 mai 2022 rendu par la Chambre sociale à la suite du pourvoi n° 21-14.490.

Cadiet (Loïc) (*dir.*), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume I, ainsi que, dans ses annexes :

- **Rouvière** (Frédéric), « Réponse aux questions posées lors de l'audition », *in* Cadiet (Loïc) (*dir.*), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 233 ;
- **Sayn** (Isabelle) « Open data des décisions, jurisprudence et régularité statistique : quelle harmonisation des décisions des juridictions du fond » *in* Cadiet (Loïc) (*dir.*), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 236 ;
- **Théry** (Philippe), « Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence », *in* Cadiet (Loïc) (*dir.*), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes*, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 173 ;
- **Zenati-Castaing** (Frédéric), « La jurisprudence révélée », *in* Cadiet (Loïc) (*dir.*), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Quelle jurisprudence à l'ère des données*

judiciaires ouvertes, Rapport remis à la Cour de cassation en juin 2022, Volume II – Annexes, p. 178.

Livret de rentrée 2023 de la Cour de cassation.

« Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de cassation en matière de procédure civile », in *Recueil annuel des études 2023 de la Cour de cassation*, La documentation française, p. 33.

Motivation enrichie : Guide de rédaction, Document issu d'un groupe de travail présidé par la Présidente Martinel, publié en septembre 2023 sur le site internet de la Cour.

VII : Prises de parole

Amrani-Mekki (Soraya), *La motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires, Enjeu fondamental, entre traditions juridiques et exigences contemporaines*, Allocution prononcée le 30 juin 2022 lors du 7^{ème} congrès de l'AHJUCAF (Cotonou, Bénin), disponible sur le site de l'AHJUCAF.

Dupond-Moretti (Éric), *Déclaration sur la politique de l'amiable*, discours tenu le 13 janvier et disponible sur <https://www.vie-publique.fr/discours/287889-eric-dupond-moretti-13012023-politique-de-lamiable>

Jeuland (Emmanuel), Intervention orale lors de la conférence-débat du 24 novembre 2015 « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », reproduit dans *La semaine juridique, édition générale*, LexisNexis, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016 p. 53.

Lacabarats (Alain) :

– *Synthèse sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, novembre 2016, disponible sur le site internet de la Cour de cassation* ;

– *La motivation des décisions de justice, Principes et illustrations dans l'espace judiciaire francophone*, mai 2022, étude disponible sur le site de l'AHJUCAF.

Louvel (Bertrand) :

– « Projet pour la Cour de cassation », Projet présenté au Conseil supérieur de la magistrature en vue de la nomination du Premier président, 19 juin 2014, (disponible sur le site internet de la Cour de cassation) ;

– *Lettre de mission*, 19 septembre 2014, reproduit dans le *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, Avril 2017, disponible sur le site internet de la Cour ;

– « La Cour de cassation face à l'évolution juridique internationale », discours prononcé lors du dîner annuel de l'association des juristes franco-britanniques le 31 mars 2015 (disponible sur le site internet de la Cour de cassation) ;

- Discours prononcé à la Cour européenne des droits de l’Homme à l’occasion du lancement du réseau européen d’échange d’informations, 5 octobre 2015, (disponible sur le site internet de la Cour européenne) ;
- « Pour l’unité de juridiction », 25 juillet 2017, (Tribune disponible sur le site de la Cour de cassation).

Nunez (Laurent), Secrétaire d’État auprès du ministre de l’Intérieur, Journal officiel du Sénat, 15 janvier 2020, p. 177.

Sauvé (Jean-Marc), « Le Conseil d’État et le droit européen et international », discours prononcé le 26 octobre 2016 à l’Université de Tokyo, disponible sur le site internet du Conseil d’État.

Scalia (Antonin), « Judicial adherence to the text of our basic law: a theory of constitutional interpretation », discours prononcé le 18 octobre 1996 devant la Catholic University of America.

Soulard (Christophe) :

- Discours prononcé lors de l’installation de son audience solennelle d’installation comme Premier président de la Cour de cassation le 18 juillet 2022 ;
- Allocution prononcée lors de l’Audience solennelle de début d’année judiciaire 2023, 9 janvier 2023.

Vosskuhle (Andreas), « Une pyramide ou un mobile ? La protection des droits de l’homme par les cours constitutionnelles européennes », Audience solennelle de la Cour européenne des droits de l’Homme, 31 janvier 2014, disponible sur le site internet de la Cour.

VIII : Autres

d’Aguesseau (Henri François), *Mercuriale sur l’autorité du magistrat*, IXe Mercuriale, 1759, in Œuvres complètes, Pardessus, 1819, Tome I.

Andriantsimbazovina (Joël), **Rousseau** (Dominique), **Champeil-Desplats** (Véronique), **Mastor** (Wanda) *et al.*, « Les droits des justiciables méritent un Conseil constitutionnel à l’abri de toutes sortes d’influences », *Le Monde*, 10 avril 2022.

d’Aquin (Saint Thomas) :

- *Commentaire de l’Éthique à Nicomaque d’Aristote* ;
- *Somme théologique*

Aristote, *Éthique à Nicomaque*.

Bachelard (Gaston), *La formation de l’esprit scientifique*, Librairie philosophique J. Vrin, 1967 (5^e édition).

Bastiat (Frédéric), « Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas », in *Œuvres complètes*, Guillaumin et Cie, 1854, Tome V, p. 336.

Bodin (Jean), *Six livres de la république*, Jacques du Puys, 1576, Livre VI.

Bretonneau (Aurélié), « Droits subjectifs contre interdit législatif, Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, n° 396848 », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, p. 740.

de Cambacérès (Jean-Jacques-Régis), « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification des lois », in Fenet (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, Paris, 1836, p. 174.

Camus (Albert), « Justice et liberté », *Journal Combat*, 8 septembre 1944.

Carbonnier (Jean), *Sociologie juridique*, polycopié du cours prononcé à l'Université Paris II durant l'année 1972-1973, publié par l'Association corporative des étudiants en droit et en sciences économiques de Paris et archivé sur le site internet de la Bibliothèque Cujas (<http://cujas-num.univ-paris1.fr/ark:/45829/pdf0603887042>).

Cicéron, *De officiis*.

Constant (Benjamin), « De la souveraineté du peuple », in *Œuvres politiques*, Charles Louandre, Charpentiers et C^{ie}, 1874.

Digeste : I, 1, 1 (Institutes d'Ulpian) ; XIV, 6, 1 (Institutes d'Ulpian).

Georges (Benoît), « Les boîtes noires du *deep learning* », *Les Echos*, 27 août 2018.

Kant (Emmanuel), *Métaphysique des mœurs*, traduction Renault (Alain) Flammarion, 1994.

Marx (Karl), *À propos de la question juive*, Aubier-Montaigne, 1971.

Montaigne, *Les essais*, Livre III, Chapitre XIII.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1777.

Portalis (Jean-Etienne-Marie) :

– *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1801, reproduit dans Ewald (François) (dir.), *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, p.35 ;

– « Présentation au Corps législatif », discours du 23 février 1803, in Fenet (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, Paris, 1836, p. 359.

Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, Actes de la conférence-débat du 24 novembre 2015, actes publiés dans *La semaine juridique, Édition générale*, supplément au n° 1 de l'année 2016, LexisNexis, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

Chambre des Lords du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 17 juin 2004, affaire ***Regina v. Special Adjudicator ex parte Ullah***.

Rousseau (Jean-Jacques), « Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée », in *Œuvres complètes*, Tome III, La Pléiade, 1964.

Sophocle, *Antigone*, in *Tragédies de Sophocle*, Charpentier, 1859.

Table des décisions de justice

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphe)

A : Décisions de la justice française

1 : Décisions de juridictions judiciaires

Cour de cassation, Chambre des requêtes, 15 juin 1892 : 473.

Cour de Cassation, Chambre des requêtes, 3 août 1915, n° 00-02.378 : 163.

Cour de cassation, Chambre civile, 16 juin 1929 : 84.

Tribunal civil de la Seine, 3 février 1948, reproduit dans *JCP*, 1948 II, n° 4616 : 323.

Cour de cassation, Chambre mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, dit Arrêt Jacques Vabre : 26, 96, 200, 326, 413.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 6 février 1979, n° 77-15.300 et 77-15.369 : 327.

Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 24 mars 1981, n° 79-14.965 : 327.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 17 juin 1981, n° 80-11.140 : 327.

Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 21 juillet 1982 : 368.

Cour de cassation, assemblée plénière, 9 mai 1984, n° 79-16.612 : 264.

Cour de cassation, assemblée plénière, 9 mai 1984, n° 80-93.031 : 264.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 10 mars 1993, n° 91-11.310 : 259.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 janvier 1995, n° 92-20.082 : 259.

Cour d'appel de Caen, 30 avril 1998 : 320.

Cour d'appel de Rennes, 4 mai 2000 : 320.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 6 janvier 2004, n° 01-01.600 : 323.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 18 mai 2005, n° 02-20.613 : 259.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 7 avril 2006, n° 05-11.285 et 05-11.286 : 259, 326.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 avril 2006, n° 05-11.519 : 1.

Cour d'appel de Bordeaux, 26 septembre 2006 : 185.

Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 3 mai 2007, n° 05-19.439 : 1.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 21 décembre 2007, n° 06-11.343 : 83, 84.

Cour d'appel de Bordeaux, 22 octobre 2009 : 320.

Cour de cassation 1^{re} Chambre civile, 3 mars 2010, n° 08-18.947 : 327.

Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 mai 2010, n° 09-82.582 : 94.

Cour d'appel de Versailles, 7 octobre 2010 : 320.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 15 avril 2011, n° 10-17.049 : 182, 205.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 15 février 2012, n° 10-27.512 : 320.

Cour d'appel de Paris, 23 avril 2013, n° 12/18549 : 279.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 4 décembre 2013, n° 12-26.066 : 3, 5, 55, 78, 122, 132, 238, 334, 413.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 28 janvier 2015, n° 13-50.059 : 96.

Cour d'appel de Bastia Chambre civile A, 18 mars 2015, n° 09-01136 : 307.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 10 juin 2015, n° 14-20.790 : 6, 231.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 30 septembre 2015, n° 14-16.273 : 49.

Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 22 octobre 2015, n° 14-11.776, 14-21.515 et 14-11.776 : 279.

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre d'appel de Mamoudzou, 3 novembre 2015, n° 15/222 : 280.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 16 décembre 2015, n° 14-29.285 : 6.

Cour d'appel de Cayenne, Chambre civile, 11 janvier 2016 : 281.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 25 février 2016, n° 15-12.403 : 50.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 6 juillet 2016, n° 15-19.853 : 109, 231.

Cour d'appel de Versailles, 3 novembre 2016, n° 14/06983 : 49.

Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 10 novembre 2016, n° 15-19.561 : 307.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 décembre 2016, n° 15-27.201 : 6, 78, 85, 122, 238.

Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 16 décembre 2016, n° 15-27.917 : 273.

Cour d'appel de de Rennes, Chambre 09 compétente en matière de sécurité sociale, 5 avril 2017, n° 15/06966 : 260.

Cour d'appel de Caen, 3^e Chambre civile, 8 juin 2017, n° 16/01314 : 324.

Cour d'appel de Montpellier, 19 octobre 2017, n° 17/03427 : 282.

Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, 21 novembre 2017 : 231.

Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 21 décembre 2017, n° 16-25.406 : 280.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 21 mars 2018, n° 16-28.741 : 49.

Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 17 mai 2018, n° 16-15.792 : 124, 281, 283.

Cour d'appel de Dijon, 10 juillet 2018, n° 18/00091 : 285.

Cour d'appel de Rennes, 19 novembre 2018, n° 17/07569 : 320.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 21 novembre 2018, n° 17-21.095 : 231.

Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 21 février 2019, n° 17-28.285 : 274.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 16 mai 2019 : 122.

Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 4 juillet 2019, n° 18-17.119 : 282, 283.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 18 septembre 2019, n° 19-40.022 : 265.

Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 28 novembre 2019, n° 17-22.810 : 282, 283.

Cour de cassation, 3^e Chambre civile, 19 décembre 2019, n° 18-25.113 : 285.

Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 19 mars 2020, n° 18-23.923 et 19-12.990 : 293.

Cour de cassation, Chambre sociale, 30 septembre 2020, n° 19-12.058 : 50.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 14 octobre 2020, n° 19-15.783 : 231.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 2 décembre 2020, n° 19-20.279 : 64, 116, 122, 231.

Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 10 décembre 2020, n° 19-12.257 : 274.

Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 11, 16 mars 2021, n° 19/08721 : 275.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 2 avril 2021, n° 19-18.814 : 263.

Cour de cassation, Chambre sociale, 11 mai 2022, n° 21-14.490, et 21-15.247 : 275, 296.

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 21 septembre 2022, n° 21-50.042 : 293.

Cour de cassation, 2^e Chambre civile, 8 décembre 2022, n° 21-16.186 : 274.

Cour de cassation 2^e Chambre civile, 13 avril 2023, n° 21-21.463 : 300.

2 : Décisions de juridictions administratives

Conseil d'État, 20 octobre 1989, n° 108243 : 96.

Conseil d'État, 24 mars 2006, n° 288460, 288465, 288474, 288485, arrêt Société KPMG et autres : 292.

Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2016, n° 396848, Gonzalez-Gomez : 6, 116, 134, 316, 375, 380, 428.

Conseil d'État, 10^e et 9^e chambres réunies, 28 décembre 2017, n° 396571, affaire Molénat : 287, 299, 301.

Conseil d'État, 24 janvier 2020, n° 437328 : 380, 391.

Conseil d'État, 27 octobre 2022, n°467726 et 467727 : 391.

3 : Décisions du Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, n° 74-54 DC : 109.

Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC : 298.

Conseil constitutionnel, 25 juillet 1984, n° 84-176 DC : 91.

Conseil constitutionnel, 25 juillet 1989, n° 89-256 DC : 298.

Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC : 93.

Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC : 94.

Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC : 94.

Conseil constitutionnel, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC : 48.

Conseil constitutionnel, 5 octobre 2016, n° 2016-581 QPC : 93.

Conseil constitutionnel, 15 janvier 2021, n°2020-872 QPC : 51.

Conseil constitutionnel, 12 mars 2021, n° 2020-888 QPC : 161.

Conseil constitutionnel, 21 mai 2021, n° 2021-818 DC : 320.

B : Décisions des justices européennes

1 : Décisions d'un organe du Conseil de l'Europe

Cour européenne des droits de l'Homme, 27 juin 1968, n° 2122/64, affaire Wemhoff c/Allemagne : 178.

Cour européenne des droits de l'Homme, 21 février 1975, n° 4451/70, affaire Golder c/Royaume-Uni : 178.

Cour européenne des droits de l'Homme, 8 juin 1976, n° 5100/71, affaire Engel et autres c/ Pays-Bas : 179.

Cour européenne des droits de l'Homme, 7 décembre 1976, n° 5493/72, affaire Handyside c/Royaume-Uni : 181.

Cour européenne des droits de l'Homme, 28 juin 1978, n° 6232/73, affaire König c/République Fédérale d'Allemagne : 179.

Cour européenne des droits de l'Homme, 13 juin 1979, n° 6833/74, affaire Marckx c/Belgique : 292.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 octobre 1979, n° 6289/73, affaire Airey c/Irlande : 177, 244.

Commission européenne des droits de l'Homme, 10 mars 1983, n° 8990/80, affaire Manuel Guincho c/Portugal : 180.

Cour européenne des droits de l'Homme, 25 mai 1986, n° 8562/79, affaire Feldbrugge c/Pays-Bas : 179.

Cour européenne des droits de l'Homme, 17 janvier 1990, n° 2689/65, affaire Delcourt c. Belgique : 493.

Cour européenne des droits de l'Homme, 16 décembre 1992, n° 12964/87, affaire Geouffre de la Pradelle c/France : 109.

Cour européenne des droits de l'Homme, 24 février 1994, n°12547/86, affaire Bendenoun c/France : 179.

Cour européenne des droits de l'Homme, 27 octobre 1994, n° 18535/91, affaire Kroon et autres c/Pays-Bas : 180.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 décembre 1994, n° 13427/87, affaire Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/Grèce : 327.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 décembre 1994, n° 16798/90, affaire Lopez Ostra c/Espagne : 180.

Cour européenne des droits de l'Homme, 24 octobre 1996, n° 15773/89 et 15774/89, affaire Guillot c/France : 320.

Cour européenne des droits de l'Homme, 19 mars 1997, n° 18357/91 ; affaire Hornsby c/Grèce : 178.

Cour européenne des droits de l'Homme, affaire Waite et Kennedy c/Allemagne, 18 février 1999, n° 26083/94 : 181.

Cour européenne des droits de l'Homme, 1^{er} février 2000, n° 34406/97, affaire Mazurek c/France : 325, 420.

Cour européenne des droits de l'Homme, Grande chambre, 10 juillet 2002, n° 39794/98, affaire Gratzinger et Gratzingerova c/République tchèque : 327.

Cour européenne des droits de l'Homme, 22 juin 2004, n° 78028/02, affaire Pini et Bertani c/Roumanie : 318.

Cour européenne des droits de l'Homme, 13 septembre 2005, n° 36536/02, affaire B. et L. c/ Royaume-Uni : 237.

Cour européenne des droits de l'Homme, 14 décembre 2006, n°2898/03, affaire N.T Giannousis et Kliafas Brothers c/ Grèce : 178.

Cour européenne des droits de l'Homme, 12 février 2008, n° 14277/04, affaire Guja c. Moldova : 493.

Cour européenne des droits de l'Homme, 25 septembre 2008, n° 27977/04, Baylac-Ferrer et Suarez c/France : 320.

Cour européenne des droits de l'Homme, 31 août 2010, décision sur la recevabilité portant sur la requête n° 25951/07, affaire Gas et Dubois c/France : 209.

Cour européenne des droits de l'Homme, 16 juin 2011, n° 19535/08, affaire Pascaud c/France : 184 et s.

Cour européenne des droits de l'Homme, 8 février 2013, n° 19535/08, affaire Pascaud c/France (décision faisant suite à l'arrêt au fond et portant sur la satisfaction équitable) : 187.

Cour européenne des droits de l'Homme, 5 décembre 2013, n° 32265/10, affaire Henry Kismoun c/France : 181.

Cour européenne des droits de l'Homme, 7 janvier 2014, n°2699/03, affaire Fondation Foyers des élèves de l'Église réformée et Stanomirescu c/ Roumanie : 178.

Cour européenne des droits de l'Homme, 5 novembre 2015, n° 21444/11, affaire Henrioud c/France : 300.

Cour européenne des droits de l'Homme, 5 octobre 2017, n° 32269/09, affaire Mazzeo c/Italie : 292.

Cour européenne des droits de l'Homme, 16 janvier 2018, n° 22612/15, affaire Charron et Merle-Montet c/France : 208, 299.

Cour européenne des droits de l'Homme, 5 avril 2018, n° 40160/12, affaire Zubac c/Croatie : 300.

Cour européenne des droits de l'Homme, 11 avril 2019, n° 48798/14, affaire Guimon c/France : 211.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 juillet 2021, n° 6697/18, affaire M.A c/Danemark : 177.

Cour européenne des droits de l'Homme, 9 juin 2022, n° 15567/20, affaire Xavier Lucas c/France : 300.

2 : Décisions d'un organe de la Communauté ou de l'Union européenne

Cour de justice des communautés européennes, 6 avril 1962, n° 13-61, affaire Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Robert Bosch GmbH et autres : 292.

Cour de justice des communautés européennes, 10 avril 1984, n° 14/83, affaire Von Colson et Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen : 131.

Cour de justice des communautés européennes, Grande Chambre, 4 juillet 2006, n° C212-04, arrêt Adeneler : 131.

Index

(Les nombres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abstrait : v. contrôle
Abus de droit : 39, 163, 166
Action *de in rem verso* : 473
Administration légale : 328 et s.
Adoption : 318, 342
Adultère : 325 et s., 420
Airey c/Irlande (arrêt) : 177, 244
Aléa : 18, **424 et s.**, 452, 456
Algorithmique : 456 et s.
Amiable : v. Modes amiables
Antigone : 480, 490, 498
Arbitrage : 348 et s.
Aristote : 35, 367, 376, **474 et s.**
Arrêt de provocation : 368 et s.
Assistance médicale à la procréation : v. don de gamètes
Autorité parentale : 125, **319**, 348
Avocat :
-Représentation obligatoire : 83, 274
-Rôle argumentatif : 80 et s., 421
-Rôle d'observation : 452 et s.

B

Balance : 19, **35 et s.**, 446, 448 et s.
Balancing : v. Balance
Barème Macron : v. Licenciement
Bon juge Magnaud : v. Juge Magnaud

C

Casuistique :
-De conception : 372
-De formulation : 373
-Notion : 372 et s.
Charron et Merle-Montet c/ France (arrêt) : **208 et s.**, 299
Commensurabilité : 43 et s., 51, 57
Concret : v. contrôle
Conflits de droits fondamentaux : 51
Conseil constitutionnel :
-Contrôle de proportionnalité : 48
-Critique : 161
-Modalités du contrôle de conformité : 90 et s.
-Modulation continue des droits et libertés : 52

- Réserves d'interprétation : 131
- Conseil d'État : 6, 96, 116, 241, 287, 380
- Consensus européen : 216, **217**
- Conséquentialisme : 123
- Construction sur le terrain d'autrui : 278 et s., 286
- Contrôle :
 - A posteriori* : 93 et s., 265
 - A priori* : 91 et s.
 - Concrétisation : 87 et s., 98 et s., 181, 228
 - Contrôle abstrait : 89 et s., 128, 160 et s., 234 et s., 267, 273, 326
 - Contrôle de proportionnalité *in abstracto* : 269 et s.
 - Contrôle du contrôle : 190, 409, 414, 448
- Conventions internationales :
 - Effet direct : 257 et s.
- Cour de justice de l'Union européenne : 93, 131, 403
- Cour de justice des communautés européennes : v. Cour de justice de l'Union européenne

- Don :
 - De gamètes : 287
 - D'organe : 343
- Droit à l'exécution des décisions de justice : v. Procès équitable
- Droit au procès équitable : v. Procès équitable
- Droit au respect de la vie privée : v. Vie privée
- Droit au respect de ses biens : v. Droit de propriété
- Droit d'accès au juge : v. Procès équitable
- Droit de propriété :
 - Abus de droit : v. cette entrée et 163
 - Caractère fondamental/absolutisme : 283, 297 et s., 305
 - Contrôle concret : 278 et s.
- Droit des biens (projet de réforme) : 306
- Droit naturel : 143, 476 et s., 489
- Droit processuel :
 - Outil épistémologique : 145
 - Outil de réalisation du droit : 267, 273, 293 et s.
- Droits absolus : 109, 297
- Droits de l'Homme : v. Droits et libertés fondamentaux

D

- Définition (notion, technique et utilisation) : 11, 30, 31, 33, 58
- Degrés de juridiction impliqués dans le contrôle : 412 et s.
- Déjudiciarisation : 345 et s.
- Distinguishing* : 421
- Doctrines : 10, 454 et s.
- Dogmatique juridique : 27

E

- Effectivité :
 - Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : 177
 - Des droits fondamentaux : 136 et s.
 - Notion : 137
- Effet direct : v. Conventions internationales
- Égalité devant la loi : 20, 294 et s., 406
- Empiètement : 278 et s., 298, 305 et s.

Enfant adultérin : v. Adultère

Équité :

-Contrôle de proportionnalité : 18, 99, 105, 110 et s., **465 et s.**

-Équité et équitable (distinction) : 487 et s.

-Notion(s) : 466

Expulsion : 124, 279 et s.

F

Factualisme : 59 et s., 355, 392, 398, 422, 453, 458, 494, 500

Fait :

-Faits pertinents : 75 et s., 85, 428

-Faits invocables : 77 et s., 82

Fiducie : 329

G

Généralité (de la loi) : 218, 224, 239 et s., 356 et s., 365 et s., 475 et s.

Gény (François) : 384, 490

Gonzalez-Gomez (arrêt) : 6, 116, 201, 316, 375, 380, 384, 391

Gouvernement des juges : v. Séparation des pouvoirs

Grâce : v. Matière gracieuse

H

Héritage : 325

Hierarchie des normes :

-Notion : 25 et s.

-Pyramide de la fundamentalité : 51

I

Impérativité de la loi :

-Conséquences sur l'utilité du contrôle : 312 et s.

-Utilisation par le législateur : 330 et s.

Imprédictibilité : v. Aléa

Imprévisibilité : v. Aléa

Inceste : 115, 237 et s., 323 et s.

Indemnité de licenciement : 275, **294 et s.**, 464

Individualisme : 154 et s., **169 et s.**

Inflation normative : 240 et s.

Insémination artificielle : 6, 208, 287, 383

Intelligence artificielle : v. Algorithme

Intention du législateur : v. *Ratio legis*

Intérêt supérieur de l'enfant : 62, 259 et s.

Interprétation :

-Conforme : **131**, 332

-De la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : 205

-*Distinguishing* : v. cette entrée

-Droits implicites : 178

-Effet utile : 178

-Finaliste : 178

-Intention du législateur et

-Littérale : 166

-Notions autonomes : v. cette entrée

-Office du juge : 129 et s.

-Originaliste : 384

-Téléologique : 427

J

Jacques Vabre (arrêt) : 26, 96, 101, 200, 326, 413

Juge administratif : v. Conseil d'État

Juge Magnaud : 99, 490

Jurisprudence :

-Notion : 396 et s.

-Proportionnalité et phénomène

jurisprudentiel : 399 et s.

K

Kelsen (Hans) : 25 et s.

L

Libertés fondamentales : v. Droits et libertés fondamentaux

Libre recherche scientifique : 384

Licenciement :

-Indemnité de licenciement : 275, **294 et s.**, 464

-Licenciement et droit au respect de la vie privée : 50

M

Majeurs protégés : 48, 185

Marge nationale d'appréciation : 190, **203 et s.**, 216, 301

Matière gracieuse : 340 et s., 345

Mazurek c/ France (arrêt) : 325, 420

Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales :

-Critique : 445 et s.

-Présentation : 443 et s.

Mise en balance : v. Balance

Modes alternatifs de résolution des différends :

v. Modes amiables

Modes amiables : 82, 171, **346 et s.**

Montaigne : 475

Montesquieu : 19, 240 et s., 429, 471

Motivation :

-Enrichie : 214, **403 et s.**

-Motivation du contrôle de proportionnalité : 409 et s., 449

Motulsky (Henri) : 60, 62, 72, 84, 489

N

Nicolo (arrêt) : 96

Notion molle : v. Standard

Notions autonomes : 179

O

Obligations positives : 180

Option : v. Alternative

P

Parlements (Ancien Régime) : 18, 423, 466, 469 et s., 474, 477

Pascaud c/ France (Arrêt) : **184 et s.**
Pesée des intérêts : v. Balance
Portalis : 171, 243, 358, 473, 475, 501
Positivismes : 141 et s.
Prédiction : v. Algorithme
Prénom : 320
Principe de subsidiarité : v. Subsidiarité
Procès équitable :
 -Droit à l'exécution des décisions de justice : 178
 -Droit d'accès au juge : 178
Process-based review : 193
Processuel (Droit) : v. Droit processuel
Proportionnalité
 -Cautionnement : 48
 -Exécution forcée des contrats : 48, 163
 -Peines : 48
 -Proportionnalité procédurale : 52
 -Rémunération : 48
Pyramide : v. Hiérarchie des normes

Q

Qualification : 62 et s., 69, 179, 364
Question préjudicielle : 93
Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : 92 et s.

R

Référé législatif : 471
Régimes matrimoniaux : 327, 334, 345, 350, 372

Relevé d'office : 83
Répétition de l'indu : v. Action *de in rem verso*
Représentation obligatoire : v. Avocat

S

Saint Thomas d'Aquin : 358, 367, 376, **474 et s.**
Sécurité juridique : 7, 18, 28, 224, **291 et s.**, **308 et s.**, 385 et s., 429 et s., 501
Séparation des pouvoirs : 7, 10, 19, 28, 125, 375 et s., 468 et s., 474 et s., 492
Servitude (droit des biens) : 280, **285 et s.**
Sociologie juridique : 146
Sophocle : v. Antigone
Standard : 81, **125**, 249, **317**, 322, 332 et s.
Subsidiarité : **204 et s.**, 244, 301
Substance d'un droit : 109
Succession : v. Héritage
Syllogisme :
 -Majeure : 62 et s., 73, 76 et s., 341, 449
 -Présence au sein du contrôle de proportionnalité : 65 et s.
 -Prémises : 427, 493
 -Syllogisme régressif : 323

T

Thomas d'Aquin : v. Saint Thomas d'Aquin
Traités internationaux : v. Conventions internationales
Trames de rédaction : 406, **439 et s.**

Trouble anormal de voisinage : 162, 164, 166

V

Villey (Michel) : 25, 28, 140, 143, 152, 154,
157, 498

X

Xavier Lucas c/ France (Arrêt) : 300

Tables des matières

INTRODUCTION	1
I : Objet d'étude.....	4
A : Réactions à l'arrêt du 4 décembre 2013	4
B : Apparition d'un corpus.....	8
C : Inopportunité d'une définition prématurée.....	9
II : Limites de l'objet d'étude.....	10
A : Limites retenues	10
B : Limites exclues.....	13
III : Contexte et intérêt de l'étude	14
A : Questions sous-jacentes.....	14
1 : Questions traitables spécifiquement.....	14
2 : Questions traitées par l'étude dans sa totalité	15
B : Notions sous-jacentes.....	17
1 : Droits et libertés	17
2 : Hiérarchie des normes	19
IV : Ambition et moyens de l'étude	21
 PARTIE I : LA NOTION DE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ	27
 Titre I : Caractères du contrôle	31
 <i>Chapitre I : Un outil de raisonnement concret</i>	33

Section I : La balance, représentation inadéquate de la proportionnalité.....	33
Paragraphe I : Allégorie de la balance	34
A : Manifestations de l'utilisation de l'allégorie de la balance.....	34
1 : Dans les écrits anglo-saxons	34
2 : Dans les écrits français.....	37
B : Implications de l'utilisation de l'allégorie de la balance.....	38
1 : La question de la commensurabilité.....	39
2 : La latitude du choix du juge.....	41
Paragraphe II : Caractère trompeur de l'allégorie	42
A : Multiplicité d'utilisations	43
1 : Exemples législatifs	43
2 : Exemples jurisprudentiels	45
B : Le contrôle de proportionnalité : une figure distincte de la mise en balance .	50
1 : Pas de balance avec un seul plateau	51
2 : Conséquence : particularisme du contrôle de proportionnalité.....	53
Section II : Le raisonnement factuel, élément distinctif du contrôle de proportionnalité	
.....	55
Paragraphe I : Utilisation des faits au-delà du syllogisme	55
A : Persistance du syllogisme dans le procès.....	55
1 : Disparition apparente du syllogisme.....	56
2 : Nécessaire présence du syllogisme	58
B : Continuation du procès postérieurement au syllogisme.....	62
1 : Postériorité du contrôle au syllogisme	62
2 : Remise en cause du résultat du syllogisme	63
Paragraphe II : Conséquences sur le procès	65
A : Absence de numerus clausus des faits pertinents.....	65

1 : Limite des faits invoqués dans le cadre du syllogisme	65
2 : Multiplicité des faits du contrôle de proportionnalité	66
B : Rôle des professionnels du droit et importance des faits.....	69
1 : Renforcement du rôle argumentatif de l’avocat.....	69
2 : Renforcement du rôle de tri du juge.....	72
 Chapitre II : Un outil de contrôle de la hiérarchie des normes	77
 Section I : Le principe de l’appréciation concrète de la hiérarchie des normes	77
Paragraphe I : Préexistence de l’appréciation abstraite de la hiérarchie	78
A : L’abstraction du contrôle du juge constitutionnel.....	78
1 : Abstraction par essence du contrôle a priori	78
2 : Abstraction choisie du contrôle a posteriori.....	79
B : L’abstraction du juge judiciaire.....	83
1 : Abstraction du contrôle de conventionnalité.....	83
2 : Possibilité de la concrétisation du contrôle	84
Paragraphe II : Le caractère hiérarchique de l’appréciation concrète	86
A : L’hypothèse de l’absence du caractère hiérarchique du contrôle concret.....	86
1 : Présentation	86
2 : Conséquences	89
B : La défense du caractère hiérarchique du contrôle concret	90
1 : Absence de contrariété par principe	90
2 : Conséquence : un contrôle hiérarchique	94

Section II : La pratique de l'appréciation concrète de la hiérarchie des normes.....	96
Paragraphe I : Le contrôle factuel du respect de la hiérarchie	96
A : L'appréciation du droit en situation	97
1 : Différence avec le contrôle hiérarchique abstrait.....	97
2 : Contrôle de la hiérarchie à la lumière du fait	101
B : La situation prise en compte par le contrôle.....	103
1 : La situation dans le présent	103
2 : La situation dans le futur : regard prospectif du juge.....	105
Paragraphe II : Le constat obtenu de la conformité.....	108
A : La conformité évidente.....	108
B : La conformité décidée	109
1 : L'interprétation comme contournement du contrôle.....	110
2 : L'interprétation comme révélateur d'une clause de proportionnalité	111
Titre II : Fonctions du contrôle.....	117
<i>Chapitre I : L'effectivité des droits fondamentaux</i>	<i>119</i>
Section I : La nécessité de l'effectivité des droits fondamentaux	119
Paragraphe I : Prise de conscience de la nécessité de l'effectivité des droits fondamentaux	120
A : Racines	120
B : Manifestations dans la pensée juridique	126
1 : Hors des droits fondamentaux.....	126
2 : En matière de droits fondamentaux.....	129
Paragraphe II : Application à la pratique des droits fondamentaux	130
A : La critique de l'effectivité des droits fondamentaux.....	131

1 : Inaptitude des droits fondamentaux à l'effectivité.....	131
2 : Danger de l'effectivité des droits fondamentaux	133
B : La réalité contemporaine de l'effectivité des droits fondamentaux	135
Section II : La nécessité du contrôle concret pour l'effectivité des droits fondamentaux	135
Paragraphe I : Absence d'équivalent fonctionnel.....	136
A : Insuffisante effectivité des contrôles abstraits	136
B : Différence de but de certains outils	138
Paragraphe II : Aptitude de la proportionnalité à promouvoir l'effectivité	142
A : Individualisation des droits fondamentaux	142
B : Encadrement de l'individualisme	144
Chapitre II : La défense de l'ordre juridique	149
Section I : Défense contre l'influence périphérique	150
Paragraphe I : Le risque d'une expatriation du contrôle du respect des droits fondamentaux	150
A : L'importance de l'effectivité des droits garantis par la Convention européenne	151
1 : Multiplicité d'outils de promotion de l'effectivité devant la Cour européenne	151
2 : Prééminence du contrôle de proportionnalité	156
B : L'indifférence de la méthode du juge national.....	158
1 : L'absence d'adoption obligatoire de la méthodologie	159
2 : L'inaptitude de l'argument méthodologique à justifier l'ineffectivité.....	167
Paragraphe II : La solution d'une appropriation du contrôle concret.....	173
A : L'illusion d'un refus bénéfique du contrôle	173

1 : L'apparence d'un ordre juridique préservé	173
2 : La réalité d'une protection des droits fondamentaux distancée	175
B : La réalité des bénéfices de l'appropriation du contrôle.....	176
1 : La marge nationale d'appréciation pleinement investie.....	176
<i>a</i> : La théorie : une force de conviction accrue des jugements français	176
<i>b</i> : La confirmation pratique : accueil par la Cour européenne du contrôle concret	180
2 : La méthode sauvegardée	185
<i>a</i> : La liberté méthodologique.....	185
<i>b</i> : Le danger d'une servitude méthodologique volontaire	187
Section II : Défense contre l'incohérence intérieure	189
Paragraphe I : Le renforcement de la loi contrôlée	190
A : Les craintes de la remise en question	190
1 : Expression des craintes	190
2 : Objet des craintes	192
B : Les vertus du questionnement	193
1 : La possibilité du renforcement par le questionnement.....	193
2 : La réalité du renforcement par le questionnement	197
Paragraphe II : Le sauvetage de la loi par la possibilité du contrôle.....	201
A : Le relèvement du seuil de l'incompatibilité abstraite	201
1 : La mécanique du relèvement.....	201
2 : L'observation du relèvement.....	203
B : La possibilité de la généralité de la loi	205
1 : Les écueils de la spécialisation de la loi.....	206
2 : Les bénéfices de la spécialisation du contrôle de conformité	208

PARTIE II : L'INCIDENCE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ.....	217
Titre I : Domaine du contrôle.....	221
<i>Chapitre I : La fragilité des limites imposées</i>	<i>223</i>
Section I : Fragilité des limites quant au corpus de normes de contrôle	223
Paragraphe I : Absence de limitation à la Convention européenne.....	224
A : Caractère faiblement limitatif de la Convention	224
B : Importance d'autres conventions internationales	225
Paragraphe II : Absence de limitation aux conventions internationales	230
A : Conformité à la loi.....	230
B : Conformité à la constitution	233
Section II : Fragilité des limites quant au contenu des normes de contrôle	235
Paragraphe I : Faible lisibilité des limites	236
A : Le refus du contrôle concret.....	236
1 : L'exclusion de la concrétisation.....	236
2 : Le domaine de l'exclusion	238
B : Le contrôle déterministe : une apparence de contrôle	243
1 : Devant le juge judiciaire	243
a : Refus initial du contrôle en matière de propriété.....	244
b : Apparition du contrôle déterministe	247
c : Brouillage du schéma sur une question connexe	252
2 : Devant le juge administratif	254
Paragraphe II : Faibles justifications des limites.....	256
A : Une rationalité à questionner.....	256
1 : Allégation de particularismes.....	256

a : Particularisme de la procédure.....	256
b : Particularisme de l'appréciation par le juge de l'indemnité de licenciement	260
c : Particularisme de la propriété	263
2 : Appréciation insuffisante des risques.....	265
B : Une utilité à questionner.....	270
1 : Utilité spécifique du contrôle de proportionnalité en matière de propriété	271
2 : Plasticité du contrôle permettant la prise en compte des exigences particulières	273
 <i>Chapitre II : La force des limites intrinsèques</i>	 277
 Section I : La condition de l'impérativité de la loi.....	 277
Paragraphe I : L'impérativité de la loi, limite de l'utilité du contrôle	278
A : Faible impérativité de la loi, faible utilité du contrôle	278
1 : La possibilité du contrôle inutile.....	278
2 : Illustration du contrôle inutile	282
B : Forte impérativité de la loi, grande utilité du contrôle	290
1 : La démonstration de l'utilité du contrôle	290
2 : Illustration du contrôle utile	292
Paragraphe II : L'impérativité de la loi, outil de modulation du contrôle par le législateur	306
A : Modalités.....	306
1 : Utilisation de standards	306
2 : Utilisation d'alternatives	308
B : Intérêt.....	309
1 : Apparence	310
2 : Rémanences.....	310

Section II : La nécessité de l'intervention du juge	311
Paragraphe I : Le recul du juge	312
A : Persistance de l'intérêt du contrôle en matière gracieuse	312
B : Disparition de la possibilité du contrôle en cas de déjudiciarisation.....	316
Paragraphe II : Le remplacement du juge par des modes alternatifs de résolution des différends.....	318
A : Limites temporelles au contrôle	318
B : Limites substantielles au contrôle	322
 Titre II : Portée du contrôle	 327
 <i>Chapitre I : Le factualisme du contrôle</i>	 329
 Section I : Limite à la fréquence de l'inhibition de la loi	330
Paragraphe I : La généralité de la loi, limite à la fréquence du succès du contrôle	330
A : Caractère généralement approprié de la loi à la situation	331
B : Présomption du caractère approprié	333
1 : Nature	333
2 : Conséquences	334
Paragraphe II : La spécificité de l'espèce, limite de la généralité de la loi	335
A : Généralité mise en échec	335
1 : Traitement de l'échec sans contrôle concret	335
2 : Traitement de l'échec avec le contrôle concret.....	338
B : Tentation de la généralisation casuistique	339
1 : La pluralité des casuistiques.....	339
2 : La casuistique comme méthode du contrôle	342
a : Description	342
b : Modalités pratiques	345

c : Limites	347
3 : La casuistique comme outil épistémologique du contrôle	354
Section II : Limite aux effets de l'inhibition de la loi	356
Paragraphe I : Faible aptitude du contrôle à faire jurisprudence.....	357
A : Caractère spécifique des décisions	357
1 : Nature factuelle	357
a : Notion de jurisprudence.....	358
b : Inadéquation avec le contrôle concret	360
2 : Accentuation par l'argumentation	361
a : L'argumentation des parties	362
b : La motivation du juge.....	362
α : La politique de motivation du contrôle.....	363
β : Les raisons de la politique	366
γ : Les effets de la politique	370
B : Degrés de juridiction impliqués.....	372
1 : Le rôle du juge du fond	372
2 : Les conséquences quant à la portée des décisions	375
Paragraphe II : Danger de la surévaluation de la portée	377
A : L'absence d'appel au législateur	377
B : La difficulté de la réitération	379
 Chapitre II : L'encadrement du contrôle	 383
Section I : Limite à l'imprédictibilité	383
Paragraphe I : L'existence d'une imprévisibilité	384
A : Le dévoilement de l'imprévisibilité	385
1 : Le caractère essentiel de l'imprévisibilité.....	385
2 : La persistance de la crainte de l'imprévisibilité.....	388

3 : La nécessité d'une dose d'imprévisibilité dans le procès	390
B : L'encadrement de l'imprévisibilité	395
1 : La méthode de l'encadrement	395
2 : Les effets de l'encadrement.....	396
3 : La perfectibilité de l'encadrement contemporain.....	398
Paragraphe II : La réduction de l'imprévisibilité	407
A : La réduction par l'observation	407
1 : L'observation des praticiens	407
2 : L'observation de la doctrine.....	409
B : La réduction par la prédiction.....	412
1 : L'intérêt de la prédiction	412
2 : Les limites de la prédiction	415
Section II : Limite au pouvoir du juge.....	419
Paragraphe I : La crainte de l'équité	421
A : L'équité, affirmation condamnable du pouvoir du juge.....	422
1 : L'équité, souvenir de l'Ancien régime.....	422
2 : La lutte contre l'équité, affichage de la primauté de la loi.....	423
3 : L'impossible disparition de l'équité.....	425
B : L'équité, finalité idéale de la Justice	429
1 : La nécessaire équité d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin	429
2 : L'impossibilité de la poursuite de cette équité par le juge	432
Paragraphe II : La poursuite encadrée de l'équitable	434
A : L'apparente équité de la proportionnalité	435
1 : La proportionnalité, révélateur d'équité.....	435
2 : La méthode de la proportionnalité, inhibiteur d'équité.....	436
B : La réelle poursuite du caractère équitable de la décision	438

1 : Le respect de l'équité sans sacrifice de la norme	438
2 : L'équitable, résultat du contrôle	439
CONCLUSION GÉNÉRALE	449
Bibliographie	459
I : Ouvrages généraux	459
II : Monographies, thèses et autres ouvrages spéciaux	462
III : Chapitres d'ouvrages.....	466
IV : Articles	471
V : Encyclopédies et dictionnaires	492
VI : Rapports et projets de loi	495
VII : Prises de parole	498
VIII : Autres	499
Table des décisions de justice	503
A : Décisions de la justice française.....	503
1 : Décisions de juridictions judiciaires	503
2 : Décisions de juridictions administratives.....	506
3 : Décisions du Conseil constitutionnel	507
B : Décisions des justices européennes	507
1 : Décisions d'un organe du Conseil de l'Europe	507
2 : Décisions d'un organe de la Communauté ou de l'Union européenne	510
Index	513

