



**HAL**  
open science

# LA DOCTRINE FACE AU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO COMME ILLUSTRATION D'UNE CONTROVERSE SUR LES MÉTHODES DU DROIT

Victoria Fourment

► **To cite this version:**

Victoria Fourment. LA DOCTRINE FACE AU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ IN CONCRETO COMME ILLUSTRATION D'UNE CONTROVERSE SUR LES MÉTHODES DU DROIT. *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2019, Le raisonnement par cas. Le raisonnement par cas en droit, 2018-5 (32), pp.2051-2070. hal-03590889

**HAL Id: hal-03590889**

**<https://amu.hal.science/hal-03590889>**

Submitted on 28 Feb 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# LA DOCTRINE FACE AU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ *IN CONCRETO* COMME ILLUSTRATION D'UNE CONTROVERSE SUR LES MÉTHODES DU DROIT

---

Victoria FOURMENT

*Aix Marseille Univ, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, France*

**Abstract:** *Since 2013, the French academic doctrine has dealt with a new phenomenon: the introduction of proportionality in the decisions of the Cour de cassation. Authors have adopted different opinions regarding the introduction of proportionality depending whether they consider it compatible or not with the traditional function of the Cour de cassation. This article aims at questioning the dichotomies that structure the French academic discourse and putting into perspective a confusion between casuistry and case-by-case decision-making. More generally, the approach that I follow highlights the obstacles of rule based decision making in the presence of fundamental rights.*

La pratique récente de la Cour de cassation et du Conseil d'État a suscité une vive réaction doctrinale chez les juristes français. La doctrine désigne ce phénomène comme la mise en œuvre par ces deux juridictions d'un contrôle « concret » de proportionnalité et vise un champ d'arrêts rendus depuis 2013. Deux cas sont constamment pris pour référence par les auteurs pour expliquer la nouveauté de ce phénomène et ses enjeux.

**Deux cas emblématiques.** La première affaire donne lieu à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 décembre 2013 à l'occasion duquel le juge de cassation écarte la nullité du mariage entre alliés – prescrite par le Code civil – dans un cas où le mariage entre un beau-père et sa belle-fille avait duré plus de vingt ans sans avoir été remis en cause<sup>1</sup>. Dans la seconde affaire, le Conseil d'État met à l'écart l'interdiction légale d'exporter les gamètes d'un défunt<sup>2</sup>. Statuant en référé, il enjoint à l'administration d'exporter les gamètes vers l'Espagne, pays d'origine de la requérante et dans lequel, contrairement à ce que préconise le droit français, la pratique de l'insémination *post mortem* est autorisée durant l'année suivant le décès.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014. 179, note F. CHÉNEDÉ, 153, point de vue H. FULCHIRON, et 2017. 123, chron. V. VIGNEAU; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. THOURET, et 2013. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

<sup>2</sup> CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848, *AJDA* 2016. 1398, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET; *RFDA* 2016. 740, concl. A. BRETONNEAU; et 754, note P. DELVOLVÉ.

**La critique doctrinale.** La mise à l'écart d'une interdiction légale au motif que son application porte atteinte aux droits fondamentaux des requérants est effectuée au terme d'un contrôle de proportionnalité qui est considéré par la doctrine française comme un phénomène nouveau qui heurte les acquis de notre système juridique. En effet, la séparation du droit et du fait qui gouverne l'office des juges de cassation ainsi que la séparation des pouvoirs seraient mises à mal par la pratique d'un tel contrôle de proportionnalité<sup>3</sup>. Les juges suprêmes s'octroieraient le pouvoir de se comporter comme un législateur du cas particulier, et ce, sur le fondement d'un texte conventionnel de protection des droits fondamentaux : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il en résulterait une profonde insécurité juridique puisque toute loi pourrait être mise à l'écart sans qu'il ne soit possible de prévoir les cas dans lesquels ce phénomène surviendrait. Aux yeux de la doctrine, le contrôle de proportionnalité serait en effet insusceptible de faire l'objet d'une systématisation doctrinale<sup>4</sup>.

Pourtant, le contrôle de proportionnalité ne constitue pas un objet nouveau au sein des offices juridictionnels administratifs et judiciaires. Les juges du fond le rencontrent dans l'exercice de leur office traditionnel, et ce, indépendamment de l'exercice du contrôle de conventionnalité. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif en a même fait une condition à laquelle il subordonne la légalité de certains actes administratifs tels que les sanctions

---

<sup>3</sup> V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123 : « Il existe un risque certain qu'en cherchant à exercer elle-même le contrôle de proportionnalité, elle ne soit conduite à rejuger non seulement le droit mais aussi les faits, et se voie dans l'obligation de mener des investigations, d'entendre les témoins, d'ordonner des expertises » ; S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC* 2017, p. 48 : « Prenant acte de ce que la norme est une simple cartographie à un instant t, le contrôle [de proportionnalité] permet au juge d'individualiser le droit aux faits de l'espèce [...]. Lourde de sens, cette inversion des rapports entre le juge et la loi oblige la Cour de cassation à connaître des faits » ; A. BÉNABANT, « un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné », *D.* 2016, p. 137 ; F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796, n° 8 : « À travers ce contrôle, qui se distingue du simple contrôle de conformité exercé dans l'arrêt Jacques Vabre, le juge est ainsi amené à juger de la légitimité de l'arbitrage opéré par le législateur, et, le cas échéant, à faire prévaloir son appréciation du conflit d'intérêts en présence. [...] comment concilier cette éviction judiciaire de la volonté claire, précise et actuelle du législateur avec les exigences les plus élémentaires de la Démocratie ? ».

<sup>4</sup> V. C. ALBIGES, « Équité », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, octobre 2017, n° 29 selon qui certains commentateurs du contrôle de proportionnalité « ont relevé qu'il s'agissait d'un retour à des décisions dominées par une approche casuistique fondée prioritairement sur des considérations d'équité, au détriment de la prévisibilité liée à l'application stricte de la loi ».

disciplinaires<sup>5</sup>, les mesures de police administrative<sup>6</sup> ou les décisions d'expropriation pour cause d'utilité publique<sup>7</sup>. Toutefois, c'est à l'autorité administrative qu'il revient de prendre la mesure qui doit être proportionnée, sous le contrôle du juge administratif. Le Conseil d'État statuant en cassation n'appréciera pas lui-même le caractère proportionné de l'acte. Il n'est pas même tenu d'effectuer un contrôle de qualification juridique sur les motifs de la décision des juges du fond<sup>8</sup>.

De la même manière, en matière de cautionnement, la loi prive d'effet l'engagement manifestement disproportionné<sup>9</sup>. La Cour de cassation limitera son contrôle, alors qualifié de « léger »<sup>10</sup>, à l'existence d'une telle appréciation de la part des juges du fond sans se substituer à leur appréciation.

**Le contrôle de proportionnalité : une appréciation au cas par cas déléguée par la loi aux juges du fond.** Le contrôle de proportionnalité relève donc de l'appréciation des juges du fond. L'exercice du contrôle peut leur être délégué par le législateur, de sorte qu'il illustre un phénomène de « délégation normative »<sup>11</sup>. Il concerne l'office de cassation au même titre que les qualifications juridiques qui font ou ne font pas l'objet d'un contrôle, au gré de la politique jurisprudentielle. De cette politique dépend « le choix de laisser à l'appréciation des juges du fond

<sup>5</sup> J.-M. FAVRET, « Contrôle normal sur les sanctions disciplinaires infligées par les fédérations sportives à leurs licenciés », *AJDA* 2017, p. 1566. De manière générale, CE, ass., 13 novembre 2013, n° 347704, *Daban*, *Rec.* p. 279, solution qui a été étendue aux sanctions prononcées à l'encontre d'un détenu : CE, 1<sup>er</sup> juin 2015, n° 380449 : « [...] il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un détenu ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaires constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes. »

<sup>6</sup> CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec.* p. 541, et plus récemment, CE, ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827, *Rec.* p. 505.

<sup>7</sup> CE, ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, n° 78825, *Rec.* p. 409, et plus récemment, CE, 19 octobre 2012, *Commune de Levallois-Perret*, n° 343070.

<sup>8</sup> A. BRETONNEAU, J. LESSI, « Sanctions infligées aux agents publics : M. Lebon sort du Recueil », *AJDA* 2013, p. 2432 ; D. COSTA, D. RIBES, « Le contrôle de proportionnalité devant le Conseil d'État », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, coll. Droits pouvoirs & sociétés, 2018, p. 41-61, spéc. p. 50 : « Notons que cette évolution [not. le passage du contrôle restreint au contrôle normal de la proportionnalité], qui touche le contrôle des juges du fond, est sans incidence directe sur le contrôle exercé par le Conseil d'État, juge de cassation, en matière de proportionnalité. En l'état, l'exercice d'un contrôle normal de proportionnalité par le juge du fond n'implique pas que le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique en lieu et place d'un simple contrôle de dénaturation. »

<sup>9</sup> Code de la consommation, article L. 332-1 : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »

<sup>10</sup> En matière de cautionnement, v. D. PONSOT, « Le contrôle de proportionnalité en matière de contrats : l'exemple du cautionnement », in J.-P. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, coll. Droits pouvoirs & sociétés, 2018, p. 103-113, spéc. p. 107.

<sup>11</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2018, 3e éd., p. 122.

certaines qualifications juridiques qui peuvent, sans grand dommage, faire l'objet d'une appréciation au cas par cas »<sup>12</sup>. Le contrôle de proportionnalité est à ce titre assimilé à une appréciation au cas par cas qui relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond. Dès lors, son exercice n'entre pas dans le champ de l'office d'un juge de cassation et l'on comprend aisément que la doctrine française considère qu'il soit insusceptible de faire l'objet d'une systématisation doctrinale.

**L'utilisation du contrôle « concret » de proportionnalité dans le cadre de l'office des juges de la loi.** Le problème soulevé par les arrêts emblématiques critiqués par la doctrine survient du fait que l'usage du contrôle de proportionnalité s'inscrit dans un mouvement initié par l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* qui consacre en 1975 la possibilité pour la Cour de cassation de contrôler la conventionnalité des lois<sup>13</sup>. Le juge administratif détient quant à lui cette compétence depuis 1989<sup>14</sup> et l'exercice d'un contrôle de conventionnalité « concret » était déjà présent de manière tacite<sup>15</sup> avant qu'il ne soit distingué de manière explicite de son pendant « abstrait » au sein de la motivation de la décision *Gonzalez-Gomez*. Utilisé dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois, le contrôle de proportionnalité n'a pas la même visée que lorsqu'il est un outil du contrôle de légalité traditionnel. En effet, il s'inscrit dans un mouvement plus général de construction de l'office de gardien des droits fondamentaux. Ainsi que l'annonce le Vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, le développement du contrôle de conventionnalité *in concreto* s'inscrit dans « la volonté du juge de protéger encore plus efficacement les droits fondamentaux »<sup>16</sup>. Le développement de cette mission a permis de voir apparaître des « outils contentieux renouvelés »<sup>17</sup>, le seul cadre du recours pour excès

<sup>12</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental: la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278, n° 21.

<sup>13</sup> V. VIGNEAU, « Libre propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123: « l'arrêt du 4 décembre 2013 n'est finalement que le reflet d'un mouvement plus ample initié depuis l'arrêt Jacques Vabre »; P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061; C. FATTACCINI, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation). Le point de vue d'un avocat aux Conseils », *D.* 2015, p. 1734; P. CHEVALIER, « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de cassation? », *Constitutions* 2014, p. 350.

<sup>14</sup> CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, req. n° 108243.

<sup>15</sup> J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017, p. 821: les auteurs citent à cet égard les conclusions des rapporteurs publics sur les arrêts CE, sect., 10 novembre 2010, n° 314449 et 314580, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes*, CE, 12 mars 2015, *société GSD Gestion*, n° 360642; CE, sect., 31 octobre 2008, n° 293785, *Section française de l'observatoire international des prisons*, CE sect., 9 juin 2010, n° 321506, Pierre L.

<sup>16</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif et les droits fondamentaux », *AJDA* 2016, p. 2420.

<sup>17</sup> J.-M. SAUVÉ, préc.: l'auteur cite notamment les évolutions législatives qui permettent de saisir le juge administratif dans le cadre du référé-liberté sur le fondement de l'article 521-2 du Code de justice administrative.

de pouvoir ayant été révélé insuffisant pour la mener à bien<sup>18</sup>. Le Premier président de la Cour de cassation Bertrand Louvel affirme quant à lui que « les trois ordres de juridictions existants sont ordonnés maintenant autour de la même finalité, la défense des libertés du citoyen [...] »<sup>19</sup>. Il s'ensuit que le développement de cette mission se construit dans un contexte de concurrence entre les deux ordres de juridictions<sup>20</sup>. Les deux juridictions, initialement fondées sur un strict office de la légalité<sup>21</sup>, communiquent très largement sur le développement de cet office de protection des droits et libertés. Afin d'affirmer et de satisfaire pleinement cet office renouvelé, il leur apparaît nécessaire<sup>22</sup> d'adopter le contrôle de proportionnalité en tant que standard international du contrôle des atteintes aux droits fondamentaux<sup>23</sup>.

La doctrine française identifie le contrôle concret comme le contrôle de l'application de la loi à un cas particulier<sup>24</sup>. Il se distinguerait dès lors d'un contrôle

<sup>18</sup> J.-M. SAUVÉ, préc. : « [...] ce recours a été critiqué pour sa lenteur, son inaptitude à faire évoluer le comportement de l'administration et l'inefficacité de ses procédures d'urgence. Confronté au choix binaire de rejeter la requête ou d'annuler l'acte illégal et privé du pouvoir d'émettre des injonctions à l'encontre de l'administration, le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait pas toujours vider le litige et assurer une garantie effective des droits ».

<sup>19</sup> B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 2015, n° 1122, p. 1906.

<sup>20</sup> C. JAMIN, « Duel au sommet ! », *D.* 2017, p. 1649.

<sup>21</sup> Bertrand Louvel rappelle à ce titre que la tradition légaliste française « consistait pour la Cour de cassation de s'assurer que, dans un cas donné, les conditions de mise en œuvre d'un texte étaient bien réunies et à en faire une application mécanique, indépendamment de toute autre considération, notamment tenant à l'interférence des droits et libertés fondamentaux avec la situation ». V. B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 2015, n° 1122, p. 1906.

<sup>22</sup> V. par exemple le discours prononcé par Bertrand Louvel le 14 septembre 2015 en ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiés à la motivation, disponible sur le site internet de la Cour de cassation : [https://www.courdecassation.fr/cour\\_cassation\\_1/reforme\\_cour\\_7109/motivation\\_arrets\\_7856/cour\\_cassation\\_32510.html](https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/motivation_arrets_7856/cour_cassation_32510.html).

<sup>23</sup> V. par exemple, A. STONE SWEET, J. MATHEWS, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, vol. 47, p. 68-149, spéc. p. 75 : « *proportionality analysis [...] is today an overarching principle of constitutional adjudication, the preferred procedure for managing disputes [...] [It] emerged as multi-purpose, best practice, standard* » ; C.-M PANACCIO, « In defense of Two Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2011, vol. 24, p. 109-128, spéc. p. 109 : « *Two-Step Proportionality/balancing has become the standard method for human rights decision-making* » ; A. BARACK, « Proportionality and Principled Balancing », *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, p. 1-16, spéc. p. 4.

<sup>24</sup> Pour H. FULCHIRON, « [...] la question se déplace d'un contrôle de conventionnalité de la règle vers un contrôle de conventionnalité d'une décision prise dans un cas particulier. » H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014, p. 153 ; F. CHÉNÉDÉ, « Contre révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 : « [...] un tel "contrôle" est sans équivalent dans l'ordre juridique français. » ; « Qu'il intervienne *a priori* ou *a posteriori*, l'examen du Conseil constitutionnel porte toujours sur la règle générale exprimée par la loi (contrôle *in abstracto*), jamais sur son application au cas d'espèce (contrôle *in concreto*) » ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur

« abstrait » qui prend pour objet la loi indépendamment de son application à des circonstances particulières. Le contrôle de proportionnalité est alors une modalité de réalisation de ce contrôle concret de conventionnalité<sup>25</sup>. Du point de vue de la doctrine, le modèle d'exercice de ce contrôle de type « concret » est celui qui est pratiqué par les Cours suprêmes qui assument la mission de sauvegarder les droits fondamentaux constitutionnellement garantis<sup>26</sup> ou bien celui pratiqué par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>27</sup>. C'est justement à l'aune de la jurisprudence de ces Cours étrangères que certains auteurs français vont comparer la pratique récente de la Cour de cassation. Le reproche qui lui est adressé réside dans l'utilisation du contrôle afin d'effectuer un jugement sur le choix du législateur et de le mettre à l'écart lorsque ce dernier fait naître, dans le cas d'espèce, une conséquence disproportionnée dans l'exercice d'un droit fondamental. Pour la doctrine, le problème survient donc du fait que le contrôle de proportionnalité n'est plus seulement utilisé dans l'hypothèse où la loi ou la jurisprudence délègue explicitement aux juges du fond l'exercice d'appréciations au cas par cas ; il devient aussi l'apanage du juge de cassation pour écarter la loi dont il est pourtant initialement le garant de la correcte application.

La formulation de ce problème est devenue pour la doctrine l'occasion d'échanger sur sa conception du raisonnement juridique. En effet, en se positionnant de manière plus ou moins favorable sur le phénomène, les auteurs nous indiquent le modèle à travers lequel ils évaluent ce qui relève ou non du raisonnement juridique. Il s'agira alors de présenter la réaction de la doctrine française sur le contrôle de proportionnalité comme illustrant une controverse sur les méthodes du droit. Pour certains, le contrôle de proportionnalité relève d'un raisonnement au cas par cas qui constitue l'anti modèle du raisonnement juridique. Pour d'autres en revanche, le contrôle de proportionnalité peut être analysé comme une méthode d'interprétation juridique pouvant donner lieu à des solutions généralisables pour les cas futurs. Ainsi, c'est la question du caractère généralisable du raisonnement juridique mis en œuvre dans le cadre du contrôle concret de proportionnalité qui est au centre des débats doctrinaux. Plus précisément, ce sont les méthodes permettant de généraliser les solutions jurisprudentielles qui font l'objet d'un exposé critiqué et discuté de manière inédite par

---

particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278, n° 24 : « Ainsi, le juge de cassation ne s'est pas livré à un contrôle abstrait de la conventionnalité du texte contesté ; il a contrôlé la conventionnalité de son application dans l'affaire en cause. ».

<sup>25</sup> J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017, p. 821 ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578.

<sup>26</sup> C. JAMIN, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015., p. 263.

<sup>27</sup> H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *D.* 2018, p. 649.

la doctrine française. Notre analyse du discours doctrinal aura pour objectif de questionner la réalité des dichotomies qui le structurent.

Les propos recensés peuvent être exposés en deux temps : la discussion porte sur la question des prémisses acceptables du raisonnement juridique (I). Elle débouche sur la question de savoir si le contrôle de proportionnalité repose sur un raisonnement fondé sur des règles juridiques (II).

## I. Une controverse sur les prémisses acceptables du raisonnement juridique

Pour les détracteurs du contrôle de proportionnalité, les prémisses du raisonnement juridique ne peuvent être composées que de la loi et de son interprétation. Dès lors, les méthodes du droit sont essentiellement déductives : il s'agit de subsumer un cas individuel sous un cas générique<sup>28</sup> prévu par la règle et d'en déduire la solution. Or précisément le contrôle de proportionnalité ne permettrait pas d'effectuer une telle subsomption ni une quelconque déduction. Selon Pierre-Yves Gautier, la proportionnalité conduit 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, mais, pesant les intérêts économiques de chacune, indépendamment de leur comportement licite ou illicite, rechercher la solution qui bouscule le moins possible les situations socio-économiques »<sup>29</sup>.

Ainsi s'opposeraient la méthode syllogistique, qui invite le juriste à percevoir la réalité factuelle à travers l'abstraction des concepts juridiques et la pesée des intérêts qui conduit les juges à s'intéresser à la concrétude du cas, indépendamment de toute référence à un système définitionnel abstrait.

Précisément, pour ceux qui accueillent favorablement le contrôle de proportionnalité, les prémisses du raisonnement juridique peuvent accueillir les particularités du cas d'espèce. Le sens d'un texte ne surviendrait que dans chacun des contextes particuliers dans lesquels il serait mis en œuvre<sup>30</sup>. Selon Christophe

<sup>28</sup> C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien New York, Springer-Verlag, 1971, p. 31, lesquels affirment que « *one of the main problems that arises in the application of general norms to individual cases is the classification of the individual case as belonging to one of the generic cases. Jurist usually refer to this problem by the name of subsomption* ».

<sup>29</sup> P.-Y. GAUTIER, « La balance des intérêts au secours de l'entrepreneur : pas de démolition d'un ouvrage mal construit, en application d'un contrat nul », *RTD civ.* 2016, p. 140.

<sup>30</sup> C. JAMIN, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015., p. 263 : « Il existe un texte dont le sens n'est pas prédéterminé et dont la détermination dépend au moins en partie du contexte dans lequel il

Jamin, ces contextes particuliers mènent le juge à connaître de diverses considérations (des droits, des normes, des intérêts) qui se trouvent en conflit. Le rôle du juge est alors d'arbitrer le conflit de ces considérations pour chaque cas<sup>31</sup>. Sa méthode est la « balance des intérêts »<sup>32</sup> contextuels. Dès lors les prémisses de leurs raisonnements ne seront plus seulement les lois générales et abstraites mais diverses considérations casuelles.

Les défenseurs du modèle syllogistique dénoncent ce passage d'un raisonnement déductif, fondé sur la loi expression de la volonté générale, à un raisonnement inductif, tourné vers l'appréhension personnelle des faits de l'espèce par le juge<sup>33</sup>.

Pour Pierre-Yves Gautier, le syllogisme suffit à prendre en considération les circonstances particulières<sup>34</sup>. Les défenseurs du syllogisme et pourfendeurs du contrôle de proportionnalité admettent l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge et le fait que le raisonnement juridique implique des analyses concrètes. Pierre Delvolvé rappelle en effet que :

« on sait depuis longtemps que le juge n'est pas simplement la "bouche de la loi", l'interprétation de la loi est un acte de volonté autant que de connaissance. Le rôle prétorien du juge est particulièrement développé

---

est appliqué et à condition que le juge décide de tenir compte de ce contexte pour lui donner un sens particulier. [...] non seulement le sens d'un texte dépend de son contexte, mais en outre la question de droit que doit résoudre le juge est imprégnée de considérations de fait. En ce sens, la séparation entre le droit et le fait devient intenable, car le droit est toujours gorgé de fait (et inversement) ! ».

<sup>31</sup> Ainsi concernant le sens à donner à l'interdiction pour les véhicules d'entrer dans un parc, et la question de savoir si une ambulance doit y être soustraite, « le juge peut tenir compte de "considérations" relevant de la santé publique qui commandent que l'ambulance puisse entrer dans le parc; il y a aussi l'intérêt privé et tout aussi légitime de la personne qui vient de se blesser gravement [...] tous ces intérêts, toutes ces valeurs, donnent lieu à ce qu'on appellera par convention des "considérations juridiques", dont vous voyez qu'elles sont en conflit – en ce sens, ce sont des "considérations juridiques conflictuelles". Reformulés dans le langage du droit, tous les intérêts, toutes les valeurs et bien d'autres choses encore feront l'objet d'un débat pro et *contra*. On mesurera la portée de chacun d'eux, intrinsèquement et relativement les uns par rapport aux autres. C'est ce qu'on appelle précisément la "balance des intérêts" ». C. JAMIN, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015., p. 263.

<sup>32</sup> L'auteur nous renvoie à l'histoire des considérations juridiques conflictuelles telle que développée par Duncan Kennedy dans son article « A transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, n° 11, p. 185-220.

<sup>33</sup> P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G.* 2015, p. 1494 : « On passe d'un cheminement déductif, partant de la règle pour lui faire gouverner les faits, à un procédé inductif, centré sur ceux-ci, sous le couvert de standards ou principes généraux si flexibles que le juge se trouve entièrement libre de donner la solution qui lui paraît convenir ».

<sup>34</sup> P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G.* 2015, p. 1494 : « [...] la majeure du syllogisme n'est pas rigide, le pouvoir d'application du droit aux faits par le juge permet de l'adapter; y compris à l'évolution de la société. [...] de tous temps, le juge a pris en compte les particularités de l'espèce, y compris ses aspects non strictement juridiques. Les exemples sont légion ».

en matière administrative. [...] Le Conseil d'État ajoute à la loi ce qu'elle n'a pas régi ou ce qu'elle a oublié. Mais jusqu'à présent, il le faisait soit en l'absence de la loi, soit en présence d'une loi, en application de principes ou de textes généraux et en adoptant une solution générale »<sup>35</sup>.

Ainsi l'interprétation de la loi peut intervenir pour combler les lacunes du législateur et relève du pouvoir discrétionnaire du juge. François Chénéde explique que Portalis lui-même préconisait la possibilité pour le juge de recourir à l'équité pour combler les lacunes de la loi<sup>36</sup>. Mais il distingue clairement cette hypothèse, qui à son sens est tout à fait légitime, de la faculté d'écarter la volonté claire et précise du législateur au motif que son application au cas d'espèce serait « disproportionnée » entendu alors comme un synonyme d'« inéquitable »<sup>37</sup>.

Pour ces auteurs, le problème posé par le contrôle de proportionnalité utilisé dans le cadre du contrôle concret de conventionnalité découle du fait qu'il ne serait pas dicté par la loi<sup>38</sup> et n'entrerait pas non plus dans le champ d'une lacune de la loi. En effet, ce contrôle serait imposé par l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il en résulterait que le juge de cassation ne se comporterait plus comme un juge « à côté de la loi »<sup>39</sup> mais comme un juge « au-dessus de la loi »<sup>40</sup>. Si la première figure du juge relève du pouvoir normatif de la Cour de cassation, de l'équité au sens de Portalis et « prolonge l'œuvre du législateur »<sup>41</sup>, la seconde institue un juge censeur des lois qui s'affranchirait de son « devoir de loyalisme »<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> P. DELVOLVÉ, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RDEA* 2016, p. 754, n° 14.

<sup>36</sup> F. CHÉNÉDÉ, « Contre révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> Si le contrôle de proportionnalité était prescrit par la loi, il reverrait à hypothèse du contrôle de proportionnalité « délégué » par la loi aux juges et qui n'entre pas au sein de l'office des juges de cassation.

<sup>39</sup> Nous empruntons la terminologie utilisée par Philippe Rémy dans son article « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 22-36, n° 21-22 : « Le positivisme jurisprudentiel a succédé au positivisme légaliste : c'est l'époque des grandes constructions prétoriennes : la responsabilité du fait des choses, l'abus du droit, l'enrichissement sans cause, la personnalité morale. Certes il arrive que ces constructions s'abritent sous des textes : mais c'est pour faire dire à ces textes ce que le juge veut – la loi est devenue la bouche du juge. ».

<sup>40</sup> P. RÉMY, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 22-36, n° 26 : « Le juge civil sert en effet aujourd'hui non plus une loi souveraine, mais trois lois inégales : au nom du grand marché intérieur ou au nom des droits de l'homme – il peut (il doit) écarter la loi interne contraire à ces ordres supérieurs. Au fond, en consacrant la primauté internationale ou communautaire sur les lois internes, on a consacré le contrôle du juge français sur la loi française. ».

<sup>41</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 284 : « Le juriste n'est pas l'exécutant des ordres du législateur, il prolonge son œuvre, artisan, collaborateur de la même politique. L'interprétation est active. ».

<sup>42</sup> *Ibidem.*

L'opposition entre les auteurs favorables au contrôle de proportionnalité et ceux qui lui sont défavorables semble toutefois à relativiser en ce qui concerne leur conception du champ du pouvoir discrétionnaire du juge. En effet, la « balance des intérêts » à laquelle fait référence Christophe Jamin en renvoyant aux travaux de Duncan Kennedy constitue initialement une théorie du raisonnement juridique qui se positionne sur le rôle du juge en présence de lacunes de la loi. Dans l'esprit de Philip Heck, de François Gény ou encore de René Demogue, considérés comme initiateurs de la « balance des intérêts »<sup>43</sup>, l'objectif est de critiquer le procédé mécanique d'application de la loi par le juge qui était défendu par la doctrine dominante de leur époque. La pesée des intérêts est alors un moyen d'affranchir le juge de sa figure d'« automate de la subsumption » pour le considérer comme un contributeur loyal à l'œuvre du législateur là où la généralité de la règle ne permettait pas de régir la particularité des cas<sup>44</sup>. Cependant, leurs travaux n'avaient pas pour objet fournir une « théorie des cas difficiles » comme l'ont proposé bien tard les théories du positivisme juridique<sup>45</sup>. En effet, la théorie du droit inspirée des travaux de la

<sup>43</sup> D. KENNEDY, « A transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, n° 11, p. 185-220, spéc. p. 195-206; V. aussi D. KENNEDY, M.-C. BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2006, n° 56, p. 163-211.

<sup>44</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T.1, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1954, p. 167: « Finalement, donc, ce problème du rôle et des limites à assigner à l'autonomie de la volonté, dans la création des droits individuels, se montre dominé par un principe général de solution, qui, aussi bien, se manifeste d'une façon constante, pour toutes les questions juridiques, que leur nature fait échapper à l'action directe des volontés privées, ou que celles-ci ont effectivement abandonnées à une réglementation indépendante. – Ce principe, qu'on peut appeler principe de l'équilibre des intérêts en présence, doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien qu'il guide le législateur ou les organes de la coutume, toutes les fois, qu'à défaut d'un règlement privé, légitimé et suffisant, il s'agit de statuer, d'autorité, les règles de conduite, constituant l'organisation juridique positive. L'objet de celle-ci, en effet, n'est pas autre que de donner la satisfaction, la plus adéquate, aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat, consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un criterium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable. »; P. HECK, « Jurisprudence of interests. An outline », in *The Jurisprudence of interests, selected writings*, 20<sup>th</sup> Century legal philosophy series: Vol. II, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1948, p. 31-48, spéc. p. 41; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 215-225, dans son chapitre consacré à « la technique jurisprudentielle », il cherche à savoir comment le juge procédera « lorsqu'il n'y a pas de loi ou lorsque les textes ne peuvent être que d'un faible secours [...] et un peu aussi lorsqu'il y a un texte de portée vague [...] ». V. aussi: D. KENNEDY et M.-C. BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », préc.; A. GAILLET, « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts": Philipp Heck et la "jurisprudence des intérêts" en Allemagne », in O. JOUANJAN, E. ZOLLER (dir.), *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis. Le "moment 1900"*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 195-221.

<sup>45</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 153-213.

philosophie du langage proposée par Hart considère la texture ouverte du langage en général et de l'énoncé de la règle en particulier comme inhérente à l'incomplétude de nos conventions linguistiques<sup>46</sup>. Dès lors, l'existence de cas limites créateurs d'incertitudes sur l'application de la règle confère au juge un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il le fait ou non entrer dans les cas prévus par la règle. Les décisions des juges peuvent alors procéder d'une mise en balance des intérêts concurrents à la lumière des circonstances particulières<sup>47</sup>. Si pour les initiateurs de la balance des intérêts, les pouvoirs du juge sont accrus en présence de lacunes législatives, il est désormais possible considérer qu'ils se déploient aussi en présence de règles juridiques qui souffrent d'« indétermination sémantique »<sup>48</sup>.

Dès lors, est-il possible de considérer que le problème posé par le contrôle concret de proportionnalité à la doctrine française est de mêmes natures que celui posé par l'hypothèse dans laquelle le juge se trouve face à un « cas-limite »<sup>49</sup> lié à l'indétermination des concepts contenus dans une règle ? Le raisonnement du juge serait alors de nature identique selon qu'il exerce un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation de la loi ou selon qu'il interprète la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans les deux cas, il se trouverait effectivement face à des cas-limites dus à l'indétermination des concepts contenus dans une règle et serait confronté à un problème de subsumption d'un cas individuel sous un cas générique<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, OUP, 2012, 3<sup>e</sup> édition, p. 124 et s.

<sup>47</sup> H. L. A. HART, préc., p. 135: « *The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts of officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case.* ».

<sup>48</sup> Il est dès lors intéressant de distinguer deux types de questions : celles portant sur la complétude du système juridique et donc l'existence ou non de lacunes et celles portant sur le traitement d'un cas de pénombre survenant au stade de l'application de la règle au cas. Selon Alchourrón et Bulygin, « *While the problem of normative gaps is of a conceptual (logical) kind, both gaps of knowledge and gaps of recognition appear at the level of the application of general norms to individual cases, and originate in empirical or empirical-semantic problems. [...] Gaps of recognition arise from what Hart calls problems of penumbra. [...] Cases of penumbra have nothing to do with the traditional problems of gaps in law, i.e. the problem of normative completeness. [...] cases of penumbra do not arise because the law is lacking in something: if the system is complete in the sense that it solves all the cases in the UC, then it also solves all individual cases, which does not exclude the possibility of the appearance of cases of penumbra. But the latter do not arise from an insufficiency or fault in the normative systems; they are due to certain semantic properties of the language in general.* » V. C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien New York, Springer-Verlag, 1971, p. 33-34.

<sup>49</sup> M. CARPENTIER, *Norme et exception*, Institut Universitaire Varenne, coll. des thèses, 2014, p. 545: « les cas-limites représentent une sous-classe de cas difficile dont l'existence est due à une indétermination sémantique : telle qu'elle est formulée, la règle elle-même est indéterminée, puisqu'on ne sait pas si elle s'applique ou non au cas ».

<sup>50</sup> V. *supra* note 28.

Ce serait finalement le même raisonnement qui serait utilisé par le juge, désigné sous l'expression d'« équité au sens de Portalis » pour les uns, de « balance des intérêts » pour les autres. Les auteurs ne divergeraient alors que sur la question de l'extériorisation nécessaire de ce raisonnement. Certains auteurs considèrent qu'étant extérieur au champ du droit, il n'a pas à faire partie de la décision (c'est la position des défenseurs du syllogisme)<sup>51</sup>. Les autres considèrent qu'il est partie intégrante du raisonnement juridique et appelle donc une motivation pluridisciplinaire, teintée de coloration politique (c'est la position des défenseurs de la proportionnalité)<sup>52</sup>.

Il existe cependant des obstacles pour analyser les cas emblématiques objet de la critique doctrinale comme des cas-limites dus à l'indétermination des concepts contenus dans une règle. En effet, la motivation des Cours suprêmes ne se réfère pas à l'application d'une règle à partir de laquelle elle dérive une solution, mais laisse plutôt penser que l'invocation des droits fondamentaux par les requérants confère au cas particulier un caractère exceptionnel, lui seul susceptible de faire échec à l'application de la loi<sup>53</sup>. Dès lors, la présence de droits fondamentaux apparaît difficilement conciliable avec l'existence d'un raisonnement fondé sur des règles. C'est alors la possibilité de surmonter ces obstacles qui est discutée implicitement par la doctrine française lorsqu'elle tente de mettre en exergue la manière dont le contrôle concret de proportionnalité fonctionne. Fait-il réellement appel à un raisonnement au cas par cas ou bien a-t-il seulement pour fonction d'interpréter une règle juridique *supra* légale ?

## II. Une controverse sur l'existence d'un raisonnement fondé sur des règles juridiques

### A. Les difficultés tenant à l'identification d'un conflit normatif

Pour certains auteurs, le contrôle de proportionnalité concret commande que soit qualifiée juridiquement l'atteinte à un droit : selon Hugues Fulchiron, « Faute d'atteinte à un droit, il ne s'agirait que d'une pesée d'intérêts : le contrôle

<sup>51</sup> P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G*, 2015, p. 1494.

<sup>52</sup> C. JAMIN, « Le grand inquisiteur à la Cour de cassation », *AJDA* 2018, p. 393.

<sup>53</sup> Communiqué sur l'arrêt du 4 décembre 2013, disponible sur le site internet de la Cour de cassation : « Les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant dans cette affaire où l'annulation du mariage avait été sollicitée, et prononcée par les juges du fond, sur le fondement de l'article 161 du code civil, qui interdit notamment le mariage entre le beau-père et sa belle-fille, lorsque l'union de cette dernière avec le fils de celui-ci a été dissoute par divorce. [...] En raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ». URL : [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/beau\\_pere\\_27992.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/beau_pere_27992.html).

de proportionnalité deviendrait une simple appréciation en équité »<sup>54</sup>. Il faut donc déterminer si le cas d'application de la loi (le cas d'espèce) entre dans le cas générique de l'atteinte à un droit fondamental. Or selon lui, dans la décision *Gonzalez-Gomez*, on pouvait raisonnablement douter de la réalité et la consistance des droits invoqués par la requérante (qui demandait l'exportation des gamètes de son défunt mari) puisque le droit au respect de la vie familiale ne protège qu'une vie familiale existante et non un simple projet de vie familiale<sup>55</sup>. Ainsi, ce qui fait difficulté pour identifier l'existence d'un conflit entre droits fondamentaux réside dans l'identification du champ de l'atteinte à un droit fondamental. La question se posera au juge de savoir si le cas d'espèce entre dans les cas génériques d'une atteinte au droit fondamental invoqué, au sens où l'entend le texte de protection des droits fondamentaux. Il s'agit donc d'un problème d'interprétation du texte support de la déclaration des droits fondamentaux. La réponse à la question peut être trouvée au sein de la jurisprudence pertinente<sup>56</sup>. Si tel n'est pas le cas, le juge devra faire usage de son pouvoir discrétionnaire pour subsumer ou non le cas d'espèce sous le cas générique. Il faudra par exemple qu'il détermine s'il doit effectuer une interprétation restrictive ou extensive des conflits entre droits fondamentaux<sup>57</sup>.

Précisément les droits fondamentaux peuvent être considérés comme des normes qui sont composées d'un antécédent, d'une modalité déontique et d'une conséquence<sup>58</sup>. Cependant, ils sont caractérisés notamment par un antécédent ouvert<sup>59</sup>. L'antécédent vise une classe de cas – des cas génériques – à laquelle est attachée une solution (une conséquence). C'est la réalisation de l'antécédent qui permet de dériver la solution normative dans le cas d'espèce<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité, questions de méthodes », *D.* 2017, p. 656.

<sup>55</sup> H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité, questions de méthodes », *D.* 2017, p. 656.; H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité », *D.* 2016, p. 147.

<sup>56</sup> V. par exemple, les conclusions d'Aurélié Bretonneau sur l'arrêt *Gonzalez-Gomez* où elle justifie que l'interdiction posée par la loi française constitue bien une ingérence dans le droit à la vie privée : « L'article 8, qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale, est en effet un pavillon générique. La Cour européenne des droits de l'homme a souvent eu l'occasion de le manier en matière de bioéthique. » A. BRETONNEAU, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, p. 740.

<sup>57</sup> Pour une conception restrictive de l'interprétation des conflits entre droits fondamentaux, V. S. SMET, *Resolving Conflicts between Human Rights. The judge's dilemma*, London and New York, Routledge, 2017, spéc. p. 48.

<sup>58</sup> J. S. SAMPAIO, « Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights », in D. DUARTE, J. S. SAMPAIO (eds.), *Proportionality in Law*, Springer, 2018, p. 71-110, spéc. p. 77.

<sup>59</sup> L. BURAZIN, « Conflicts between Fundamental Rights Norms », in D. DUARTE, J. S. SAMPAIO (eds.), *Proportionality in Law*, Springer, 2018, p. 111-117.

<sup>60</sup> M. CARPENTIER, *Norme et exception*, Institut Universitaire Varenne, coll. des thèses, 2014, p. 141. L'auteur précise qu'il vise le cas de l'applicabilité conceptuelle des règles juridiques.

Le problème de l'indétermination de l'antécédent des droits fondamentaux semble exprimé par les maîtres des requêtes au Conseil d'État selon qui le contrôle concret de proportionnalité « s'exerce à des frontières où les droits, intérêts et principes protégés et mis en balance n'ont pas de contenu prédéterminé pour certaines dimensions des protections qu'ils accordent, cette protection variant alors selon la multitude des situations de fait »<sup>61</sup>. Il serait impossible de déterminer les cas génériques auxquels s'applique la solution normative car il serait impossible de connaître les propriétés pertinentes du cas générique. Les droits fondamentaux ne régleraient donc pas les conditions de leur application et ne prendraient de sens concret que dans chacun des contextes particuliers où ils sont mis en œuvre, ce qui justifierait l'existence d'un contrôle *in concreto*<sup>62</sup>.

Or il apparaît possible de concevoir que les conflits entre droits fondamentaux sont des conflits normatifs abstraits ; il s'agirait d'un conflit logique entre normes qui pourrait se révéler lorsque le même comportement peut relever, dans certaines circonstances, de deux normes qui régulent pourtant des comportements distincts et indépendants et qui se révèlent incompatibles<sup>63</sup>.

L'existence d'un conflit entre droits fondamentaux s'apparenterait à un conflit de qualifications juridiques qui aboutit à ce qu'un même comportement soit subsumable sous deux normes qui ont des conséquences contradictoires : la première norme autorise le comportement alors que la seconde le prohibe. Par exemple, si la loi énonce la règle selon laquelle il est interdit de vendre du tabac dans des distributeurs automatiques, elle entre en conflit avec la liberté d'entreprendre, d'où il est nécessaire d'extraire la règle implicite, qui dispose d'un antécédent clos, selon laquelle la vente de tabac dans des distributeurs est autorisée<sup>64</sup>. Il existe dès lors deux règles qui ont le même antécédent (« *if there is an opportunity to sell tobacco products* ») et des conséquences incompatibles (« *forbidden and permitted, respectively* »)<sup>65</sup>.

Ainsi il est possible de savoir qu'il y aura un conflit normatif à chaque fois qu'un certain cas individuel possède certaines propriétés subsumables dans les conditions d'application de deux normes incompatibles<sup>66</sup>. Ces propriétés

<sup>61</sup> L. DUTHEILLET DE LAMOTE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité, *in concreto veritas?* », *AJDA* 2016, p. 1398.

<sup>62</sup> C. JAMIN, « Le grand inquisiteur à la Cour de cassation », préc.

<sup>63</sup> J.-Y. CHÉROT, « Qu'est-ce que le contrôle de proportionnalité *in concreto?* », *RRJ Cahiers de Méthodologie juridique*, ce numéro.

<sup>64</sup> L. BURAZIN, « Conflicts between Fundamental Rights Norms », in D. DUARTE, J.-S. SAMPAIO (eds.), *Proportionality in Law*, Springer, 2018, p. 111-117.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> D. MARTINEZ-ZORILLA, « The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights », *Law and Philosophy*, 2011, vol. 30, p. 729-749, cité par J.-Y. CHÉROT, « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto?* », *RRJ Cahiers de Méthodologie juridique*, ce numéro ; J.-Y. CHÉROT, « Sur les usages de la distinction par

s'avèrent possiblement connaissables par la recherche des précédents pertinents qui explicitent le champ d'application des droits fondamentaux. Dans cette optique, il est alors possible de distinguer ce qui relève d'une appréciation « au cas par cas » de ce qui relève d'une démarche casuistique<sup>67</sup> qui repose sur l'identification des propriétés pertinentes d'un cas générique. Les cas d'application du contrôle de proportionnalité relèveraient davantage d'une approche casuistique que d'une appréciation au cas par cas<sup>68</sup>.

Si l'identification du conflit normatif peut correspondre à une approche casuistique, la question se pose encore de savoir si la manière de le résoudre s'effectue au moyen d'une règle de conflit ou bien d'une pesée contextuelle, appelant une appréciation au cas par cas. Sur cette question les auteurs émettent des opinions contrastées : si les uns identifient le contrôle de proportionnalité comme un mode de résolution du conflit faisant appel à un raisonnement fondé sur des règles, les autres lui dénie cette possibilité.

---

le juge du contrôle de proportionnalité *in abstracto* et *in concreto* », *Mélanges en l'honneur de Marie-Laure Mathieu*, Bruylant, 2018, p. 177-196.

<sup>67</sup> J.-C. K. DUPONT, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement in specie de la Cour européenne des droits de l'homme », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 187-219, spéc., p. 214 : « [...] nous pensons, quitte à faire violence au lexique de la Cour comme à celui de la doctrine – qui tiennent la “casuistique” comme synonyme d'un “raisonnement au cas par cas” –, qu'il est possible de distinguer entre ces deux sens ».

<sup>68</sup> J.-C. K. DUPONT, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement in specie de la Cour européenne des droits de l'homme », *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 187-219, spéc., p. 216 : « La casuistique de la Cour [EDH] se distingue ainsi d'un jugement au cas par cas par un effet de clôture évident du droit issu de la Convention qui se pose, par là, authentiquement comme un droit (compris comme un système juridique). Cet effet de clôture se manifeste tout d'abord dans la compétence que se reconnaît la Cour à décider de la qualification juridique d'une espèce. » ; « dans un raisonnement “au cas par cas”, la pesée entre les intérêts contradictoires s'opérerait sans considération d'un quelconque contenu normatif ; nous tendrions alors à identifier la pratique au sein de l'instance strasbourgeoise à une pratique de régulation déjuridicisée. Tout à l'inverse, nous observons dans les affaires “Tsiganes” mentionnées un véritable travail de typification à partir des situations concrètes soumises à l'attention des juges. Par ce travail, les juges distinguent un certain nombre de principes qu'ils appliquent ensuite aux espèces considérées : l'établissement du domicile était-il légal ? a-t-on proposé aux requérants une solution d'hébergement alternative ? ce logement était-il adapté ou salubre ? etc. Ce faisant, ils mènent un vrai travail de qualification juridique sur les caractéristiques pertinentes des situations qui leur sont soumises ».

## B. Les difficultés tenant à la résolution du conflit normatif

Ainsi, certains auteurs vont distinguer le mode de résolution du conflit normatif selon que le juge effectue un « contrôle concret prédéterminé » ou un « contrôle concret indéterminé »<sup>69</sup>.

Dans le cadre du premier, le juge va examiner si le cas d'espèce « s'inscrit dans le cadre précis d'une situation exceptionnelle déjà jugée, constituant un précédent jurisprudentiel dont l'autorité est reconnue mais circonscrite à une situation unique »<sup>70</sup>. Par exemple, il est de jurisprudence constante que le conflit entre liberté d'expression et vie privée suppose la contribution de la publication litigieuse à un « débat d'intérêt général »<sup>71</sup> pour que le droit au respect de la vie privée soit écarté. L'exception à l'application du droit au respect de la vie privée est alors explicitement prévue par le système juridique<sup>72</sup> : il existe une règle de conflit précédemment consacrée par la jurisprudence. Cela ne fait cependant pas obstacle à ce que le juge soit conduit à mener un travail d'interprétation car la règle de conflit peut souffrir d'indétermination conceptuelle<sup>73</sup>. Lorsque le juge doit qualifier l'existence d'un « débat d'intérêt général », il peut se trouver en

<sup>69</sup> Pour cette distinction, V. J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA* 2017, p. 855.

<sup>70</sup> J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA* 2017, p. 855.

<sup>71</sup> V. récemment, civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-22.946, référence par la Cour de cassation à CEDH, 10 novembre 2015 *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* qui a précisé que : « [...] pour vérifier qu'une publication portant sur la vie privée d'autrui ne tend pas uniquement à satisfaire la curiosité d'un certain lectorat, mais constitue également une information d'importance générale, il faut apprécier la totalité de la publication et rechercher si celle-ci, prise dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, se rapporte à une question d'intérêt général ; qu'ont trait à l'intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité ».

<sup>72</sup> Il s'agirait alors d'une exception explicite. Les exceptions explicites résultent soit d'une clause spécifique d'exception (l'exception est explicite dans l'énoncé de la règle), d'une clause générale d'exception (l'exception est explicitée par une autre règle du système juridique), ou de la résolution d'un conflit de normes du système. M. CARPENTIER, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, n° 99, 2014, p. 347.

<sup>73</sup> J.-Y. CHÉROT, « Qu'est-ce que le contrôle de proportionnalité *in concreto*? », *RRJ, Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2018, ce numéro : « Il ne serait même pas impossible de reconnaître dans le fait d'écarter la règle dans un cas, une opération consistant à créer une exception, pour tenir compte d'un conflit entre la règle et une convention internationale, et plus précisément une double opération, la première (passée sous silence par les juges dans les décisions recensées ici), consistant à rétablir de façon abstraite la cohérence du système juridique par l'interprétation de la loi à appliquer et faire disparaître le conflit entre normes, la deuxième faisant application de cette interprétation au cas d'espèce sous le régime d'une subsomption. [...] Il convient donc de bien distinguer les questions qui se posent lorsqu'il faut prendre une décision d'application d'une norme générale dans un cas parce que le cas se trouve dans la zone d'ombre de la règle et les questions que l'on doit se

présence de cas limites au stade de l'application de la règle de conflit<sup>74</sup>. Dès lors le juge serait face à un traditionnel problème de subsumption.

En revanche, dans l'hypothèse du « contrôle concret indéterminé », le juge ne recherche pas l'existence d'une règle de conflit mais effectue « une mise en balance d'intérêts divergents [...] au regard des seules circonstances particulières à l'affaire envisagée, c'est-à-dire indépendamment des précédents jurisprudentiels éventuels »<sup>75</sup>. Le conflit normatif est « réactivé » à l'occasion de chaque cas dès lors que sa résolution à l'occasion d'un cas précédent ne serait pas mobilisable dans les cas futurs. C'est alors le caractère généralisable de la solution du conflit normatif par le juge qui se trouve questionné par la doctrine.

Selon Xavier Dupré de Boulois, le contrôle concret de proportionnalité est assimilable à la technique de l'interprétation conforme. Pour lui, « la loi est désormais assortie d'une sorte de clause de sauvegarde ou de clause de réserve en faveur de la CEDH. Cette clause détermine, selon les espèces, l'applicabilité, l'interprétation ou l'application de la loi »<sup>76</sup>. Ainsi l'arrêt du 4 décembre 2013, aurait pu être rédigé de manière suivante :

« 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 »<sup>77</sup>.

L'interprétation conforme à la Convention EDH permet ainsi de dégager une exception à l'application de la loi. Là encore, la réunion des conditions permettant de faire jouer l'exception conduit le juge à mener un travail d'interprétation en prise avec le cas concret, du fait de l'indétermination conceptuelle de l'exception. Le juge se trouverait encore face à un problème de subsumption. Est-ce finalement différent des cas habituels de raisonnement juridique fondé sur des règles contenant des concepts indéterminés ?

---

poser pour écarter une loi dans un cas où l'application de cette loi devrait tenir compte d'un conflit normatif. » ; v. *supra* note 48.

<sup>74</sup> V. pour une opinion défavorable, A.-M LEROYER, « L'homosexualité d'un homme politique et sa vie privée », *RTD civ.*, 2018, p. 864 : « S'il peut paraître rassurant que le juge donne la méthode qu'il va suivre et en énonce les critères, au bout de la chaîne, il y a toujours un standard qu'il doit apprécier, ici l'intérêt général, qui renvoie à chaque fois au sentiment d'arbitraire ».

<sup>75</sup> J. PRÉVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *González-Gomez* », *RFDA* 2017, p. 855.

<sup>76</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chron. n° 8.

<sup>77</sup> *Ibidem*. Pour la rédaction de l'arrêt *González-Gomez* sur la base du même principe que la jurisprudence Bitouzet (technique de l'interprétation conforme), V. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE 28 dec. 2017, *Molénat*) », *RDLF* 2018, chron. 4.

Toutefois, pour François ChénéDé, le contrôle concret se distingue de la formulation de réserves d'interprétation. Si le premier autorise l'éviction de la loi au cas par cas, le second limite son empire par « la formulation d'une réserve claire, générale et abstraite »<sup>78</sup>. C'est en comparant l'arrêt de la Cour de cassation de 2013 qui écarte la nullité du mariage entre alliés avec un arrêt de 2016<sup>79</sup>, jugeant le contraire dans un cas similaire, qu'il considère que la Cour de cassation ne recourt pas à des critères d'appréciation de la disproportion qui s'avèrent généralisables. L'impossibilité de généraliser les critères d'appréciation<sup>80</sup> semble alors résulter du caractère ouvert de la liste<sup>81</sup> des critères d'appréciation et au caractère ouvert des critères eux-mêmes<sup>82</sup>. Pour autant, cette indétermination n'est cependant pas considérée par tous comme irréversible. Ainsi, pour Pascale Deumier, la prévisibilité « se reconstruira par la répétition des cas et par la recherche des analogies et dissemblances qui progressivement, permettront d'identifier des indices plus ou moins déterminants »<sup>83</sup>.

Finalement, il est possible de considérer que le traitement de cas limites se retrouve à chacune des étapes du contrôle concret de proportionnalité tel qu'il est décrit par la doctrine française. En effet, le caractère concret du contrôle n'est pas dû à l'inexistence de règles mais peut être compris comme l'application de concepts indéterminés contenus dans une règle. Le juge doit alors traiter de cas-limites, sans pour autant devoir recourir à une analyse au cas par cas puisqu'il peut se tourner vers les cas précédents similaires pour résoudre les problèmes qu'il rencontre au stade de la subsomption d'un cas individuel sous un cas générique. L'analyse de la controverse doctrinale française engendrée par les difficultés d'identification du contrôle de proportionnalité comme relevant du raisonnement juridique permet alors de dépasser l'assimilation tenace de la casuistique au raisonnement au cas par cas<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> F. CHÉNÉDÉ, « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017, p. 953.

<sup>79</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *D.* 2016. 2568, obs. I. GALLMEISTER, 2017. 953, note F. CHÉNÉDÉ, 470, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, et 1082, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU; *AJ fam.* 2017. 71, obs. J. Houssier; *RTD civ.* 2017. 102, obs. J. HAUSER.

<sup>80</sup> F. CHÉNÉDÉ, « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017, p. 953 : « On ne saurait dire si l'un de ces éléments est plus déterminant que l'autre et par prolongement, si la réunion des trois indices est une nécessité. À quoi s'ajoute qu'au moins deux d'entre eux sont indéterminés. À partir de quel âge une belle-fille ne prendra pas son beau-père comme référent paternel? Quelle sera la durée de mariage susceptible de faire obstacle à sa nullité? ».

<sup>81</sup> En 2016, la motivation de Cour de cassation fait référence à davantage de critères qu'en 2013 : ainsi sont pris en compte, en plus de la durée du mariage, l'existence d'une référence paternelle sur le plan symbolique, la naissance d'un enfant.

<sup>82</sup> En 2013, le mariage avait duré plus de 20 ans tandis qu'en 2016, il avait duré 8 ans. La question se posera alors de savoir quel seuil pourra être considéré comme déterminant pour faire basculer le cas dans une situation de proportion.

<sup>83</sup> P. DEUMIER, « Contrôle concret de proportionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p. 578.

<sup>84</sup> Pour un dépassement de cette assimilation : F. ROUVIÈRE, « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p. 118.

Cette dernière semble retrouver son empire, en dehors de toutes les hypothèses explicitées jusqu'ici, lorsque le juge décide de créer *ex nihilo* une exception à l'application de la loi. C'est ce qui semblait illustré par les deux arrêts de 2013 et de 2016 qui ont pourtant été pris comme cas emblématiques du contrôle concret de proportionnalité par la doctrine française.

Dans ces hypothèses, le juge ne serait plus face à un cas-limite qui appelle une interprétation en prise avec le cas particulier pour déterminer s'il doit être subsumé ou non sous le cas générique. Il ne serait pas non plus en présence d'une exception explicite<sup>85</sup>. Ce serait le caractère exceptionnel du cas lui-même qui commanderait l'inapplication de la loi, indépendamment d'une interprétation du système juridique pour déterminer s'il faut y faire exception ou non. La question se pose de savoir si, en présence de tels cas, le juge se trouve toujours dans le champ de la proportionnalité ou s'il on aurait désormais basculé dans celui de l'équité. La question renouvelle alors la perception des deux arrêts pris comme emblèmes du contrôle concret de proportionnalité : plutôt que d'en être des cas typiques, ils en seraient des « cas critiques »<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> V. *supra*, note 72.

<sup>86</sup> F. ROUVIÈRE, « La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ, Cahiers de méthodologie juridique*, ce numéro.

