



**HAL**  
open science

## Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2017, 02, pp.524. halshs-01843498

**HAL Id: halshs-01843498**

**<https://shs.hal.science/halshs-01843498>**

Submitted on 26 Jun 2023

**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.

## Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge

V. Vigneau, *Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité*, D. 2017. 123 ; H. Fulchiron, *Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode*, D. 2017. 656 ; F. Sudre, *Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ?*, JCP 2017. 289 ; J. Hauser, *Mariage nul : proportionnalité versus réalité*, JCP 2017. 166

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Ces quatre contributions tentent toutes de répondre à une question qui ne cesse de s'inviter dans le prétoire de la Cour de cassation. Les juges de cassation doivent-ils adopter le contrôle de proportionnalité ou s'en tenir à la méthode classique de contrôle de la légalité des décisions des juges du fond ? Ainsi posée, l'alternative est trop simple, voire caricaturale. En vérité, les juges ont déjà franchi le pas du contrôle, mais la navigation se fait encore en eaux troubles. Des distinctions et des nuances s'imposent. Et c'est précisément ce que les contributions proposent.

C'est ainsi que *Vincent Vigneau*, Conseiller à la Cour de cassation, pense que la méthode du contrôle de proportionnalité vise à apprécier si une loi ne porte pas atteinte de façon disproportionnée à un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette voie, cette méthode lui paraît un prolongement naturel de la jurisprudence *Jacques Vabre* : hier les juges écartaient une loi postérieure contraire au traité communautaire, aujourd'hui ils feraient la même chose avec un autre traité, la Convention européenne des droits de l'homme. Et de rappeler que dans le passé la Cour a déjà écarté une loi en matière de liberté d'expression ou sur le caractère insaisissable d'une retraite afin d'exécuter une pension alimentaire. De toute façon, le contrôle de proportionnalité s'imposerait désormais au juge de cassation sous peine de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. Le spectre du pouvoir du juge peut être exorcisé par l'appel à la mesure dans l'usage du contrôle, restreint « aux cas que le législateur n'avait pas en vue » (V. Vigneau, préc. p. 125). L'ombre de l'insécurité juridique serait pareillement écartée en relevant que le pouvoir du juge est limité à un cas précis, sans conduire à faire peser sur les parties une obligation non prévue par la loi.

À ceci nous pouvons opposer qu'une inquiétude peut légitimement persister sur le pouvoir du juge. Écarter la loi est certes un office qu'il a déjà rempli, mais c'était en présence de normes explicitement contradictoires. Cela nous paraît bien différent dans l'hypothèse où le juge pèse à nouveau les intérêts en présence et considère que tel délai de prescription est trop court ou trop long, que telle partie a des droits insuffisamment protégés. De même, l'argument classique des lacunes, visant à justifier le pouvoir du juge, est très problématique. Celles-ci ont été décrites par des auteurs d'inspirations très différentes comme un jugement de valeur porté sur le droit existant. Elles visent ainsi à le critiquer pour le modifier dans le sens souhaité (parmi les références les plus célèbres : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 246 ; C. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 537-552). Enfin, l'argument de la modération du juge masque mal le problème central, à savoir celui de la nouveauté. En effet, que le juge crée du droit est devenu une évidence grâce à la critique des auteurs du début du XX<sup>e</sup> siècle en France et aux États-Unis (notamment Geny, Saleilles et le réalisme juridique américain). Cependant, jusqu'où peut aller cette création ? Peut-on faire jouer l'esprit contre la lettre ? Rien n'est moins évident et conduit d'ailleurs à se demander ce qu'est exactement l'esprit d'un texte. Le but poursuivi par la règle correspond-t-elle à l'intention historique du législateur ou au but objectif qui peut se déduire de la lecture du texte ? Et qui sait si l'esprit se limite à l'intention de l'auteur de la norme ? L'analogie, la cohérence, les principes font aussi partie du bagage implicite qui, telle la matière noire, donne corps à ce que nous voyons. Théorisé de cette façon, le contrôle de proportionnalité est encore bien trop

vague pour comprendre le raisonnement que le juge opère.

On le voit, l'objet du contrôle de proportionnalité est assez trouble. *Hugues Fulchiron* propose alors une salutaire clarification. Le contrôle de proportionnalité est une balance entre intérêts publics et intérêts privés qui ne se réduit pas au contrôle de conventionalité. La Cour de cassation « contrôle le contrôle » des juges du fond. Cela suppose l'identification précise du droit atteint (sinon c'est un jugement en équité), la preuve de la réalité de l'atteinte (sinon l'appel aux droits est incantatoire), et le caractère excessif de l'atteinte (sinon l'ingérence est justifiée par l'intérêt général). Selon *Hugues Fulchiron*, l'originalité essentielle est qu'il « ne s'agit plus de qualifier des faits, mais d'opérer une balance des intérêts, ce qui relève d'une autre logique » (H. Fulchiron, préc., p. 661). Si la Cour de cassation franchit en outre le pas de l'appréciation du fait (grâce au nouvel art. L. 411-3 COJ), elle deviendrait « pleinement juge des droits de l'homme » (H. Fulchiron, préc., p. 662).

Cependant la logique du contrôle de proportionnalité est-elle réellement étrangère à la qualification juridique ? Il s'agit toujours de savoir si telle situation de fait peut être qualifiée d'atteinte excessive. La particularité est que la qualification est opérée avec des notions particulièrement indéterminées : tels sont les droits fondamentaux. Mais cela ouvre selon nous à un retour très classique vers l'argument jurisprudentiel. Au fur et à mesure que le juge statue il crée des précédents qu'il devra respecter dans des cas semblables. On retrouve *mutatis mutandis* ce que la Cour de cassation fait déjà pour l'ordre public. De notre point de vue, la question est donc plutôt de savoir si la Cour de cassation élaborera sa propre jurisprudence sur les droits fondamentaux ou bien si elle se fondera sur les précédents de la Cour européenne des droits de l'homme. Si tel était le cas, elle deviendrait inévitablement un juge subordonné comme le sont aujourd'hui les juges du fond à son égard.

En revanche, il est certain que le contrôle de proportionnalité modifie le statut de la loi dans l'office du juge. La loi n'est plus considérée comme un outil pour trancher le litige. La loi devient elle-même un élément du litige. Ce changement de perspective ne paraît pas anodin. En plaçant au-dessus des lois les droits et libertés fondamentaux, le juge renoue avec une forme de droit naturel où les valeurs et les finalités importent plus que la lettre des textes. Il ne s'agit plus d'un conflit technique entre des normes supérieures ou inférieures mais d'un conflit entre des modes de pensées. Le formalisme juridique appelle à trancher des cas et non à dire si les comportements prescrits sont justifiés par les finalités à atteindre ou les effets produits. L'un n'exclut toutefois pas forcément l'autre : ce sont des offices différents. Mais à trop s'enquérir des buts poursuivis, le juge se transforme inévitablement en administrateur et en politique.

Les termes du débat sur le contrôle de proportionnalité sont encore assez mal définis. C'est tout l'attrait de l'article de *Frédéric Sudre* qui propose des distinctions très structurantes issues non seulement de l'analyse des pratiques de la Cour européenne des droits de l'homme mais encore du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle allemande. Dans cette voie, il explique que le contrôle de proportionnalité est fondé sur le principe de proportionnalité prescrivant un usage modéré du pouvoir à l'encontre des administrés ; ce principe est alors synonyme d'État de droit. Le contrôle de proportionnalité est la méthode qui a pour fonction de mesurer le respect par l'État du principe de proportionnalité.

*Frédéric Sudre* établit que le contrôle de proportionnalité a trois formes. Il est soit global (ou large) soit simplifié (ou étroit) soit encore horizontal. Selon la première forme, le contrôle vise à apprécier les ingérences de l'État fondées sur l'ordre public. Selon la deuxième forme, il vise le même but mais en dehors du cadre de l'ordre public. Selon la troisième forme, il s'agit d'apprécier si l'abstention de l'État a permis à une personne privée de s'immiscer dans le droit garanti. De là découlent trois modalités de contrôle distinctes. Pour l'ordre public, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie (avec des variations subtiles) si la mesure est nécessaire dans une société démocratique (identification de motifs pertinents et suffisants). En dehors de l'ordre public, la Cour européenne des droits de l'homme vérifie seulement le juste équilibre et renvoie pour le surplus au principe de subsidiarité (l'autorité nationale prime). Enfin, pour l'effet horizontal indirect (entre personnes privées) il s'agit d'une mise en balance pour concilier des droits

fondamentaux contradictoires.

Ces distinctions sont très éclairantes car elles soulignent le fait que la Cour de cassation s'est toujours prêtée au jeu de la conciliation des droits fondamentaux (par ex., vie privée contre liberté d'expression de la presse). En revanche, le juge de cassation doit-il écarter la loi lorsque l'atteinte est trop grande au regard des objectifs poursuivis ? S'il le fait, il devient alors juge de la loi. Il juge autant le moyen de juger (la loi) que l'arrêt qui lui est déféré (le jugement). Ce faisant, pour Frédéric Sudre, le juge ne ferait qu'exercer la marge nationale d'appréciation que lui reconnaît déjà le juge de la Convention européenne des droits de l'homme (F. Sudre, préc., p. 504).

Néanmoins, toutes ces considérations sur le pragmatisme et la flexibilité de la grille de la Cour européenne des droits de l'homme ne peuvent masquer le fait que le juge, même européen, est tenu par ses propres précédents. Nous avons tenté à maintes reprises (V., par ex., Le fondement du savoir juridique, RTD civ. 2016. 286) de montrer que le raisonnement juridique consiste d'abord à traiter les cas semblables de façon identique. Le contrôle de proportionnalité ne paraît pas permettre de passer outre cette exigence. Le rôle du précédent dans le raisonnement juridique paraît devoir rester central. Admettre le contraire serait faire du raisonnement juridique une espèce de travail de Pénélope où ce qui est tissé un jour est défait un autre jour dans un perpétuel recommencement. Aussi, passée l'ivresse du pouvoir des premiers contrôles, la Cour de cassation pourrait bien être tenue de procéder comme elle l'a toujours fait c'est-à-dire en tenant compte de sa propre jurisprudence. Le contrôle n'est pas un prétexte pour la variation et le désordre.

Aussi les fruits du contrôle de proportionnalité sont-ils bien ceux qu'on attend ? C'est ce qu'examine *Jean Hauser* en commentant un arrêt qui a dû se prononcer sur la nullité du mariage d'un beau-père (74 ans) avec sa belle-fille (27 ans). L'auteur observe que la Cour de cassation use de l'affaire pour mettre en valeur la méthode de la proportionnalité plus que pour juger de la nullité du mariage (dont l'enjeu était ici l'héritage des enfants du premier lit). Jean Hauser n'est pas convaincu par la méthode suivie par la Cour de cassation qui consiste à dire que sociologiquement le mariage a existé entre le beau-père et la belle-fille, ce qui justifie que la nullité soit prononcée après le décès du beau-père. En effet, il s'agit d'une hypocrisie qui masque l'enjeu strictement successoral du procès : ou bien le mariage est valable et la jeune veuve hérite ou bien le mariage est nul et seuls les enfants se partagent l'héritage.

Dans cette voie, Jean Hauser propose de distinguer les dispositions ouvertes qui invitent le juge à exercer un pouvoir et celles, fermées, qui le restreignent. Sont fermées les dispositions prévoyant des prescriptions en droit de la filiation. L'ambiguïté du contrôle de proportionnalité tient alors au fait qu'il incite le juge à user d'une méthode sociologique qui suit la réalité (mais laquelle ?) alors que dans la méthode juridique la norme démocratiquement arrêtée sert de référence (J. Hauser, préc., p. 300). Après la mise à mort de l'exégèse de la loi par Geny, la proportionnalité semble à son tour mettre à mort l'exégèse des arrêts en élevant le juge au rang de législateur : telle est la conclusion de l'auteur.

De notre point de vue, le problème est quasiment psychanalytique : le juge rêve de juger la loi et de la faire évoluer aussi vite que la société. C'est le meurtre du père-législateur, la révolte des fils-juges avec l'aide de leur mère (la CEDH). C'est une pulsion léguée par Geny et ses acolytes : la libre méthode de recherche scientifique vise à résoudre les problèmes en se fondant sur la nature des choses et la réalité sociale ; l'artisan par excellence en est le juge. Cette méthode est bien l'antithèse de l'interprétation des sources formelles (B. Frydman, *Le sens des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2011, p. 492).

Cependant c'est moins le juge qui est élevé au rang de législateur que le législateur qui est abaissé à celui de juge. Le législateur juge la façon dont des intérêts sociaux divergents doivent être arbitrés. Le juge peut-il procéder à un réarbitrage ?

En définitive, la proportionnalité reprend une question très ancienne : celle du rapport entre l'équité et la loi. Tous les ingrédients sont déjà dans de célèbres passages de *l'Éthique à Nicomaque* d'Aristote : le juste est quelque chose de proportionnel (V, 6) et l'équité est un correctif de la justice légale lacunaire (V, 14). Il est par ailleurs certain que la

tradition juridique s'est cristallisée autour de la fidélité à la lettre des textes. En proposant de raisonner directement sur les buts et les finalités, le raisonnement juridique peut-il demeurer une argumentation fondée sur les précédents ? En se penchant sur l'essence ou la substance du droit de se marier, le juge renoue sans s'en rendre compte avec une appréciation philosophique des concepts juridiques. Il cherche alors leur vérité dans l'être intime des faits. C'est précisément le point de départ des jurisconsultes romains, lecteurs attentifs d'Aristote (M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2006, p. 105). Le contrôle de proportionnalité figure alors une troublante volonté de retour aux origines. La différence de taille est qu'à notre époque le juge se veut aussi jurisconsulte.