



HAL
open science

La proportionnalité en quête de mesure

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La proportionnalité en quête de mesure. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2018, 01, pp.257. halshs-02250146

HAL Id: halshs-02250146

<https://shs.hal.science/halshs-02250146>

Submitted on 23 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.

La proportionnalité en quête de mesure

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. 48

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Dans cette contribution, Sophie Le Gac-Pech défend résolument le contrôle de proportionnalité car le juge y serait désormais astreint. Ce contrôle permettrait ainsi de remettre en cause l'application mécanique de la règle en usant de la désormais célèbre « pesée des intérêts conflictuels » (p. 49), une mise en balance de la règle avec l'atteinte à un droit fondamental. Ce nouvel office du juge, « inéluctable » (p. 50), permet d'évincer ponctuellement la règle et affranchit le juge de la tutelle de la loi : il pourrait alors exercer pleinement sa prudence. Le système de cassation « vole en éclats » (p. 51) au profit d'un contrôle concret : l'interprète devient décideur par la mise en balance des droits du demandeur et des intérêts du défendeur. Le droit ne procède plus de la règle mais « de la tension entre des valeurs » (p. 52), c'est des faits eux-mêmes qu'il s'agit d'extraire la juste application de la règle. Procéder de la sorte relève de la nature de l'acte de juger comme Aristote et Thomas d'Aquin l'ont reconnu. Pour l'auteur, la nouvelle méthodologie devrait emprunter aux techniques des droits fondamentaux ; elle sera forcément « particulière, concrète et aléatoire » (p. 53). Elle se synthétisera difficilement sinon par les objectifs. Les voies du « vieux rêve d'équité » et de « la nouvelle quête d'efficience » sont ouvertes pour assouplir la rigueur de la règle et trouver une solution sur-mesure qui varie forcément selon les circonstances. C'est bien « une révolution en marche » et un « changement de paradigme » (p. 55).

L'étude de Sophie Le Gac-Pech permet de continuer à documenter le dossier brûlant du contrôle de proportionnalité pour trouver où se situe sa juste mesure. En effet, le débat tend à prendre une forme radicale en opposant l'inéluctable révolution à l'impensable mutation de la motivation de la Cour de cassation. La contribution précitée nous permet de revenir sur les principaux arguments en faveur de la proportionnalité et de les *contrebalancer*, selon une méthode que ses partisans ne renieraient pas !

Plusieurs arguments sont nettement saillants : le caractère moderne et irréversible du mouvement, ses accointances avec la philosophie jusnaturaliste (nature de l'acte de juger), le remède supposé à l'application mécanique de la règle (l'idéal du « sur-mesure »). Reprenons successivement ce qui forme autant de questions.

L'ascension du contrôle de proportionnalité est-elle irrésistible ? Nous en doutons pour plusieurs raisons.

D'abord, le contrôle de proportionnalité n'est pas un bloc un et indivisible. Il se décline sous différentes formes. Premièrement, c'est une catégorie légale ou jurisprudentielle purement technique. Elle conduit le juge à mener principalement des évaluations factuelles et des comparaisons chiffrées (ex. les facultés contributives de la caution, coût d'une exécution forcée, etc.). Deuxièmement, c'est une technique d'interprétation qui a prospéré dans le domaine des droits fondamentaux. Troisièmement, c'est un mode général de raisonnement qui imite la pensée législative (peser les intérêts en présence). Si l'on concède sans difficulté que les appréciations proportionnelles sont inéluctables dans certains cas, c'est autre chose de soutenir qu'elles doivent s'exporter en dehors des droits fondamentaux, voire qu'elles doivent permettre de conceptualiser de façon ultime le raisonnement juridique. Entre la proportionnalité comme catégorie du droit positif, comme méthode d'interprétation voire comme théorie du raisonnement juridique, il y a des différences importantes. Admettre la proportionnalité sous sa première voire sa deuxième forme ne signifie pas l'admettre sous sa forme la plus générale à savoir comme théorie du raisonnement juridique.

Ensuite, le coût du passage au « tout-proportionnel » n'est guère mis en avant. Il est pourtant immense. En effet, depuis Rome, le droit se définit dans les rapports individuels précisément comme une casuistique rationalisée aux antipodes

du raisonnement au cas par cas (A. Schiavone, *IUS. L'invention du droit en occident*, Belin, 2008, p. 271 et s. et p. 339 et s.). Historiquement, la logique des droits fondamentaux n'a jamais été celle du droit civil, ni celle du droit tout court. On peut douter qu'elle soit bien adaptée à la mise en balance d'intérêts particuliers.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme n'impose rien. Elle affirme elle-même être régie par le principe de subsidiarité (le juge national prime). Ses arrêts sont déclaratoires (l'exécution dépend des États) et ont une autorité relative de la chose jugée. Lorsqu'on sait, en outre, que les juges européens revendiquent un traitement de l'affaire *in casu*, on se demandera légitimement comment respecter une jurisprudence qui, par nature, est soumise à la variation au gré des circonstances. Bref, si les juges français risquent toujours une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (c'est le principe même de la soumission à une autorité supérieure), la Cour de cassation ne devrait pas y voir une tentation (un prétexte ?) pour se déclarer soi-même « suprême ». La technique de cassation ne volera pas en éclats d'elle-même à moins que le juge prenne délibérément le marteau pour briser les tables immatérielles de la méthode juridique. C'est une lourde responsabilité ; elle n'a pas l'évidence qu'on lui prête.

Le contrôle de proportionnalité exprime-t-il la nature même de l'acte de juger ? On en sera certainement convaincu à la lecture de *L'Éthique à Nicomaque* ou de *la Somme Théologique*. Toutefois, on oublie souvent que ces ouvrages traitent de l'art de juger sous un angle moral (le bon jugement). Le jugement juridique est autre : la question est de savoir s'il est correct, non s'il est vrai ou bon. Il se caractérise, en effet, par la décontextualisation relative qu'il provoque en raison de l'usage de « médiations formelles » (Y. Thomas) c'est-à-dire de catégories auxquelles le litige devra se réduire du point de vue du juge. Le propre du droit est d'ailleurs de considérer les lacunes des textes comme purement formelles : elles pourront toujours être comblées en l'état du droit existant par des interprétations extensives et généralisantes, autrement dit par voie d'analogie ou de conceptualisation (la fameuse « nature juridique »). Bien au contraire, la Cour de cassation a cédé à une interprétation moralisante lorsqu'elle a décidé que le mariage entre alliés en ligne directe ne devait pas être annulé malgré l'interdiction légale. En réalité, elle a arbitré entre le gain successoral que poursuivait l'ex-époux et le trouble à l'ordre public qui s'évanouissait avec la dissolution du mariage par la mort du beau-père remarié avec son ex-belle fille. L'intention financière détectée chez le demandeur n'a pas fait pencher la balance de son côté en dépit de la loi qui lui était favorable. Les juges se sont (inconsciemment ?) conformés au « proportionnalisme », une doctrine morale catholique d'après laquelle rien n'est bon ou mauvais dans l'abstrait mais selon laquelle tout dépend des conséquences, des intentions et des circonstances (P. Knauer, *La détermination du bien et du mal moral par le principe du double effet*, Nouvelle revue théologique 1965. 356). L'origine théologique du proportionnalisme n'est guère évoquée. Elle montre pourtant la voie que dessine le contrôle qui porte le même nom.

Certes on pourra répondre que la prudence aristotélicienne est sagesse pratique, fine pointe de l'équité et de la justice et donc adaptation aux circonstances. Mais c'est oublier que la prudence est pour Platon ou Aristote une vertu personnelle qui ne s'enseigne pas. Pour les auteurs antiques, la sagesse est un don divin. L'histoire et plus encore le monde contemporain nous apprennent en outre que la figure du sage est rare... Le droit fait justement le pari inverse : celui de se constituer en savoir (en doctrine) pour s'enseigner et se transmettre. La formalisation des cas, le respect des formes et l'attachement aux textes sont bien les remparts inventés par le droit pour éviter au juge de sombrer dans des appréciations subjectives qu'il aura tôt fait de présenter sous le masque accommodant de la sagesse. Même si ce n'est guère romantique, il faut reconnaître le juriste pour ce qu'il est : un technicien de l'argumentation textuelle et casuistique. Le juriste accepte consciemment de raisonner à partir de textes qu'il n'a pas inventés lui-même. C'est la marque de son humilité vraie, celle de savoir qu'il ne fait que perpétuer une sagesse séculaire qu'il ne prétend pas posséder en propre.

Le contrôle de proportionnalité permet-il d'assouplir l'application rigide des règles ? La présentation d'un juge automate qui applique mécaniquement la règle est un homme de paille récurrent, à savoir une position inventée pour les besoins de la critique mais qu'aucun auteur ne défend. Ce pauvre épouvantail n'a peut-être jamais existé ailleurs que dans les livres. Les juges de cassation n'ont pas attendu le contrôle de proportionnalité pour faire preuve de pondération et de discernement dans la détermination de la solution préférable.

Le contrôle de proportionnalité doit sérieusement être questionné s'il revient, par une forme d'excès inverse, à

introduire dans le raisonnement un principe permanent d'exception. Aucun cas n'étant identique à un autre, tous sont différents. Chaque affaire étant unique, seule une omniscience divine pourrait déterminer la bonne solution *dans ce cas-là*. Même le mythique juge dworkinien « Hercule », qui connaît tous les précédents et toutes les règles, ne propose pas de nouvelles solutions pour chaque nouveau cas. C'est bien sur la base de ressemblances (et non d'une identité stricte) que des cas sont soumis à une même solution. La logique de l'exception permanente justifiée par des circonstances factuelles nouvelles ouvre la voie à l'imprévisibilité, l'impossible synthèse rationnelle et le refus des limites formelles (par ex. la durée de la prescription). C'est un refus du savoir juridique, une exacerbation de la rhétorique circonstanciée.

Si toute l'histoire du pouvoir de juger pourrait être réécrite comme une lutte avec l'équité, ce n'est pas un hasard. Elle est le désir du juriste et l'expression de sa soif naturelle de justice. Pourtant, Aristote souligne aussi que la justice est affaire de mesure. La proportionnalité à tout-va ne répond pas à cette exigence élémentaire. Les sirènes chantent de belles histoires qui se terminent en queue de poisson. Sans une conceptualisation lucide du raisonnement juridique, loin de toute caricature, nous ne pourrions pas comprendre ce que nous perdons réellement en embrassant la proportionnalité.