HAL
open science

Qu'est-ce que le contrôle in concreto?

Jean-Yves Cherot

To cite this version:

Jean-Yves Cherot. Qu'est-ce que le contrôle in concreto?. Cahiers de Méthodologie Juridique [Numéros spéciaux de la RRJ - Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif], 2019, 2018-5, pp.2083-2092. halshs-02335141

HAL Id: halshs-02335141

https://shs.hal.science/halshs-02335141v1

Submitted on 28 Oct 2019

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.

Cahiers de méthodologie juridique

N° 32

Le raisonnement par cas
Le raisonnement par cas en droit

sous la direction de
Jean-Yves CHÉROT

RRJ 2018-5

Presses Universitaires d'Aix-Marseille puam

PROPORTIONNALITÉ Cas difficiles RAISONNEMENT JURIDIQUE
Défaisabilité CASUISTIQUE pratique discursive méthodes du droit cas limite
CONTRÔLE *IN CONCRETO* Cas exceptionnel cas semblables *LEGAL REALISM*
usage épistémologique du cas Équité CAS CRITIQUE théologie morale

QU'EST-CE QUE LE CONTRÔLE *IN CONCRETO*?

Jean-Yves CHÉROT
Aix Marseille Univ, Laboratoire de théorie du droit, Aix-en-Provence, France

***Abstract**: To confuse it with the exclusion of a legislative prohibition without creating criteria for intepreting the rule in futures cases is to ignore what is to review the law* in concreto. *It is revealing, under this confusion, another confusion bringing into opposition between reasoning with rules and reasoning by case, whereas* in concreto *review, like control* in abstracto *too, which do not oppose as much as their denomination suggests, are in the construction of the rule and the case, two things closely intertwined in law.*

I

L'objet de cette intervention porte une critique de la présentation comme étant l'illustration parfaite du contrôle *in concreto* de deux décisions rendues par nos cours suprêmes dans deux affaires récentes et retentissantes, examinées aussi par ailleurs dans ce volume par Alain Sériaux[1] et par Victoria Fourment[2] et dans lesquelles les juges ont écarté des interdits législatifs dans des cas où étaient discutée la compatibilité de la loi avec les exigences portées par la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation et le Conseil d'État auraient développé ce que les membres de ces juridictions comme la doctrine ont appelé un contrôle *in concreto*, non seulement distingué, mais opposé voire hiérarchisé par rapport à un contrôle *in abstracto*.

La critique peut porter, et c'est à cela que l'on s'arrêtera et non sur la pertinence même de ces décisions, sur leur présentation ainsi faite comme étant l'expression d'un contrôle de proportionnalité, mené *in concreto*, pour la bonne application de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle veut pointer le fait que confondre, dans ces deux affaires, la mise à l'écart de la loi sans création de critères construisant l'interprétation de la règle pour des cas à venir et le contrôle de proportionnalité *in concreto* tel que mené par la Cour européenne des droits de l'homme ou encore par la Cour de cassation et le Conseil d'État dans d'autres affaires, méconnaît ce qu'est le contrôle *in concreto* et révèle, sous cette confusion, une autre confusion qui oppose le raisonnement selon la règle et le raisonnement par cas, et fait comme si, à l'évidence, le contrôle *in concreto* se situait dans l'analyse d'un cas dérogatoire, alors que le contrôle *in concreto*, comme le contrôle mené *in*

---

1 « Quand proportionnalité rime avec équité », *Cahiers de méthodologie juridique*, 2018

2 « La doctrine face au contrôle de proportionnalité *in concreto* comme illustration d'une controverse sur les méthodes du droit », *Cahiers de méthodologie juridique,* 2018

abstracto aussi, qui ne s'opposent pas autant que leur dénomination le laisse supposer, relèvent bien et de la construction de la règle et du cas, deux choses étroitement mêlées en droit[3].

La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 décembre 2013 (n° 12-26066), a écarté l'application de l'article 161 du code civil qui interdit le mariage entre alliés en ligne directe dans une affaire où le mariage célébré entre un homme et l'ex-épouse de son fils sans l'opposition du ministère public avait durée 22 ans. Le communiqué de presse indique que

> « 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 ».

Le Conseil d'État a écarté un interdit législatif dans un cas présenté comme exceptionnel dans un arrêt d'assemblée du 31 mai 2016 dans l'affaire *Gonzalez Gomez* (CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848). Les dispositions du code de la santé publique font interdiction d'exporter les gamètes prélevées et conservées dans le but d'une assistance médicale à la procréation afin de s'assurer que l'assistance médicale à la procréation ne sera pas pratiquée à l'étranger en méconnaissance des principes posés par la loi et notamment des dispositions de la loi qui font obstacle à l'assistance médicale à la procréation dans les cas où le mari est décédé. Mais les circonstances du cas ont conduit le juge à considérer que le refus d'exportation des gamètes de son mari décédé pris par l'autorité administrative en application de la loi était une atteinte disproportionnée du droit à la vie privée de Madame Gonzalez Gomez qui demandait à bénéficier d'une assistance médicale à la procréation en Espagne où elle s'était entretemps installée[4].

---

[3] La distinction voulue par le législateur du contrôle *in abstracto* et *in concreto* dans l'examen des questions prioritaire de constitutionnalité conduit encore les auteurs à regarder cette distinction comme imprécise et problématique. v. M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part du concret et la part de l'abstrait », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, janvier 2013, 211-216.

[4] Pour reprendre l'analyse de ces circonstances par le rapporteur public : « Il est établi que M. B… avait explicitement consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de Mme C… A…, si les tentatives réalisées en France de son vivant s'avéraient infructueuses. Dans les mois qui ont précédé son décès, il n'était, toutefois, plus en mesure, en raison de l'évolution de sa pathologie, de procéder, à cette fin, à un autre dépôt de gamètes en Espagne. Ainsi, seuls les gamètes stockés en France dans le centre d'étude et de conservation des œufs et du sperme de l'hôpital Tenon sont susceptibles de permettre à Mme C… A…, qui réside désormais en Espagne, d'exercer la faculté, que lui ouvre la loi espagnole

Dans ces deux affaires, le juge ne produit pas de critères valables pour l'avenir et les indices qui peuvent être relevés ne sont pas de nature à en fournir. Mieux, cela est revendiqué par ces juridictions. Le communiqué de presse de la Cour de cassation indique qu'« en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné ». Dans leur commentaire de la décision du Conseil d'État dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet, après avoir rappelé que « la loi peut donc être écartée soit parce qu'elle est, par elle-même, incompatible avec la convention soit parce que, tout en étant compatible avec elle dans la généralité des cas, son application au cas d'espèce n'est pas compatible avec les exigences conventionnelles », radicalisant l'opposition entre ces deux tests du contrôle de conventionnalité de la loi, le test du contrôle dit abstrait et le test du contrôle dit *in concreto*, observent que dans ce dernier type de contrôle « ces cas ne constituent pas un ensemble que le juge pourrait définir de façon préalable et abstraite ». Ils poursuivent, tout en notant que ces cas forment « une sorte d'exception à la conventionnalité de la loi si les conséquences de son application au cas de l'espèce sont si *excessives et singulières* (nous soulignons) que la convention s'en trouve méconnue », en écrivant que « le contrôle *in concreto* est irréductible au cas d'espèce. Il ne se fonde et n'a d'effet que sur le cas d'espèce ; il ne résulte nullement du raisonnement que la loi ne devrait plus être appliquée dans un certain nombre de cas identifiés par avance »[5].

---

de poursuivre le projet parental commun qu'elle avait formé, dans la durée et de manière réfléchie, avec son mari. Dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résulte pas de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe, le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique – lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français – porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il porte, ce faisant, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

[5] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* », *AJDA*, chronique de jurisprudence, 2016, p. 1398 s. Tout en concédant qu'il y a évidemment une proximité intellectuelle entre la loi déclarée inconventionnelle *in abstracto* en tant qu'elle s'applique à un ensemble de situations rarissimes et défini de façon très stricte et la loi écartée *in concreto* dans une espèce particulière », ils maintiennent que « ces deux contrôles restent d'une nature différente. Si elle est accueillie dans une espèce, une telle exception ne le sera peut-être plus jamais par la suite ».

II

Il n'est pas indifférent de noter, par ailleurs, que les deux affaires mettent en jeu des méthodes différentes qui séparent les deux cours suprêmes. Dans l'affaire *Gonzalez-Gomez*, jugée par le Conseil d'État, il s'agit de la simple application en l'espèce de ce qui peut être reconnu comme la raison de la loi et qui conduit à l'écarter dans un cas exceptionnel. La loi prohibe l'exportation des gamètes pour faire obstacle aux risques de contournement qui seraient faciles à opérer de la législation et des interdits législatifs d'intérêt public qu'elle porte. Dans le cas de Mme Gonzalez-Gomez retournée vivre dans sa famille en Espagne où elle s'est installée, la situation ne permettait pas de voir dans sa demande d'exportation des gamètes de son époux décédé un contournement de la loi.

L'importance de la loi, ici de ses objectifs dans la maîtrise méthodologique de la dérogation que le Conseil d'État consent à son application est encore marquée fortement dans un arrêt postérieur du Conseil d'État, l'arrêt *Molénat* du 28 décembre 2017 (CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n° 396571). Dans cette affaire, le Conseil d'État confirme son orientation vers l'application, dans l'analyse de proportionnalité, de méthodes centrées sur les objectifs de la loi, tout en apportant quelque chose de nouveau, à savoir qu'il pourrait arriver que les objectifs de la loi en cause interdisent en droit tout contrôle *in concreto*. Dans cette affaire, le requérant invoquait, pour demander à l'autorité administrative d'écarter l'interdiction législative de la divulgation de toute information sur les données personnelles d'un donneur de gamètes, des circonstances de son cas que l'on pouvait mettre en relation avec certains des objectifs de la loi. Le Conseil d'État, concentrant son attention sur les objectifs principaux de la loi, juge cependant que, au regard de la finalité éthique de l'interdiction posée par la loi,

> « qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'*un* (nous soulignons) demandeur ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes, qui ne pouvait conduire qu'au rejet des demandes en litige, comme portant une atteinte excessive aux droits et libertés protégées par la convention ».

Le Conseil d'État refuse de procéder dans l'application de cet interdit législatif, compte tenu de la nature des objectifs en cause, à tout contrôle de proportionnalité *in concreto*[6].

---

[6] V. X. Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? », note sur CE, 28 décembre 2017, *Molénat, RDLF* 2018, Chr. n° 4.

Il convient d'ailleurs de noter l'intention au Conseil d'État de se démarquer de la méthode de la Cour de cassation. Le rapporteur public devant le Conseil d'État sur l'arrêt *Gonzalez-Gomez,* Mme Aurélie Bretonneau, avait ainsi fait observer que l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013

> « en a troublé beaucoup, s'il doit être interprété comme un mépris pour la règle législative, dont le juge, sans prendre la peine de s'y attarder, ignorerait superbement les termes pour sauter à une solution d'espèce qu'elle exclut et que rien ne semble justifier. C'est avec cette lecture, sans doute fondée si l'on en croit le communiqué de presse précisant qu'il s'agissait d'une solution d'espèce et que le "principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question", que de nombreux auteurs ont brandi, à son sujet, le risque d'un retour aux parlements d'Ancien régime, et l'instrumentalisation de l'article 8 comme prétexte permettant d'habiller l'équité de son nécessaire vêtement juridique »[7].

Dans l'affaire de l'interdiction du mariage entre alliés en ligne directe, nulle discussion n'est ouverte sur les objectifs de la loi, alors que la Cour de cassation aurait peut-être dû s'occuper de la signification de l'application de l'interdit législatif au cas, considéré par la Cour comme exceptionnel, mais ne l'était peut-être pas puisque, si elle nous fournit des indices (notamment sur la durée du mariage), on a de la peine à mesurer le sens qui est ainsi donné à la loi.

Certes, la comparaison de la décision de la première chambre civile du 4 décembre 2013 avec la solution apportée par la première chambre civile dans une décision ultérieure (Cass., 1re civ., 8 décembre 2016, n° 15-27201) dans laquelle la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'Aix pour avoir annulé l'union entre un homme et la fille de sa première épouse laisse entrevoir une ligne directrice. Une telle annulation ne portait pas une atteinte disproportionnée à la protection de la vie privée et familiale de la deuxième épouse dès lors que les juges relèvent qu'elle était une enfant de 9 ans lorsque la première union a été célébrée (et que le mariage avec elle n'a ensuite duré que 8 ans) Avec ces deux décisions est peut être venu le moment de révéler ce qui spécifie les principes qui sont à l'œuvre dans un tel interdit à l'arrière-plan de la règle. En rappelant que « l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe prévue par les articles 161 et 184 du code civil poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale », la première chambre civile souligne qu'en l'espèce l'intéressée avait 9 ans lorsque

[7] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdits législatifs », concl. sur CE, Ass. 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez, RFDA* 2016, p. 740 s. ; sur ce point, voir aussi P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.*, 2016, p. 578.

son futur mari a épousé sa mère alors qu'il « représentait pour elle alors qu'elle était enfant une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique ». Ce sont bien les principes les plus sûrs de l'interdit qui sont en cause lorsque l'union rassemble l'ancien époux et la fille de sa première épouse qu'il a rencontrée alors qu'elle était mineure et qui font obstacle à la création d'une exception à l'interdiction de l'inceste. Mais si le contraste entre les deux décisions offre une ligne directrice, il n'en reste pas moins vrai que l'on peut encore avoir du mal à déceler de clairs critères intelligibles de la jurisprudence entreprise[8].

III

Mais revenons à ce qui doit être le centre de notre attention, une critique sur le fait de faire référence à ces deux affaires comme une illustration du contrôle *in concreto* et de s'en servir comme des cas typiques d'un tel contrôle. La pratique de la Cour européenne des droits de l'homme et la pratique encore de la Cour de cassation et au Conseil d'État dans d'autres affaires montrent une tout autre signification du contrôle de proportionnalité *in concreto*. La Cour de cassation dégage, à l'occasion d'un contrôle de proportionnalité dans l'application de la loi et de la Convention européenne dans un cas, des critères génériques stables valant pour l'avenir et représentant une règle d'application universelle dans le futur, quand elle ne reprend pas d'ailleurs une règle d'application universelle déjà posée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi c'est dans le cadre d'un véritable contrôle concret de proportionnalité que la Cour de cassation écarte l'application disproportionnée des règles d'urbanisme au nom de la protection du droit au domicile en faisant référence à des indices et à des précédents applicables à l'avenir, d'ailleurs requis par la Cour européenne dans des cas semblables (péril imminent et absence de proposition de relogement)[9].

De même, dans sa décision du 21 mars 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation, saisie par la société Hachette Filipacchi éditrice de *Paris Match*, fait référence à des critères objectifs, dont le critère central de la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, pour casser,

---

8 V. sur ce point, v. J. Hauser, « Mariage nul : proportionnalité *versus* réalité », *JCP* 2017, 166 et F. Chenedé, « Nullité du mariage entre alliés. Regard rétrospectif sur le contrôle de conventionalité *in concreto* », *D.* 2017, p. 953.

9 V. décision de la troisième chambre civile du 17 décembre 2015 (n° 14-22095). Dans cette affaire relative à la décision de la ville d'Herblay de détruire des habitations provisoires faites de caravanes et d'abris reliant ces caravanes construites sur un terrain classé en zone protégée environnementale, la Cour de cassation a jugé que l'application des règles d'urbanisme portait une atteinte disproportionnée au droit au domicile. Les intérêts protégés par les règles d'urbanisme ne suffisent pas à écarter l'ingérence dans la protection de la vie privée et familiale sous l'angle de la protection du domicile. La Cour de cassation fait là une application des critères développés dans une jurisprudence stable de la Cour européenne des droits de l'homme.

avec renvoi, un arrêt de la cour d'appel condamnant la société éditrice à des dommages-intérêts et à des mesures d'interdiction et de publication pour atteinte au droit à la vie privée et à l'image par la publication de photos et d'un reportage relatant le mariage religieux d'un couple princier d'une famille régnante d'une monarchie héréditaire et le baptême concomitant de leur fils.

> « Il résulte, est-il jugé, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, pour procéder à la mise en balance des droits en présence, il y a lieu de prendre en considération la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies (CEDH, arrêt du 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France* [GC], n° 40454/07, § 93) ; que la définition de ce qui est susceptible de relever de l'intérêt général dépend des circonstances de chaque affaire (*ibid.*, § 97) ».
>
> « D'où il suit qu'en se prononçant comme elle l'a fait, sans procéder, de façon concrète, à l'examen de chacun de ces critères, et, notamment, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le public avait un intérêt légitime à être informé du mariage religieux d'un membre d'une monarchie héréditaire et du baptême de son fils, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Il faut de la même façon distinguer de la décision adoptée par le Conseil d'État dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* les nombreuses décisions du juge administratif contrôlant le respect par l'administration de la Convention européenne lorsque la loi a notamment conféré à l'autorité administrative un pouvoir discrétionnaire impliquant une appréciation concrète des situations et dans lesquelles la notion de contrôle *in concreto* trouve par nature ou par construction un contexte d'application sans équivoque[10]. Dans ces hypothèses, le contrôle concret est le pendant ou le prolongement du caractère concret du contrôle des faits par l'administration elle-même dans l'exercice du pouvoir d'appréciation que le législateur lui demande d'exercer. En tout état de cause, il n'y a plus de sens à opposer ici l'exercice d'un

[10] Pierre Delvolvé analyse très bien la différence entre le cas des affaires *Belgacem* et *Mme Babas* (CE, Ass., 19 avril 1991) pour le contrôle de mesures de police ici d'éloignement d'étrangers (expulsion ; reconduite à la frontière) et le cas de l'affaire *Mme Gonzales-Gomez*. « Le Conseil d'État n'a pas examiné successivement la compatibilité de la législation sur les étrangers et de l'article 8 de la Convention européenne, puis la situation concrète des requérants : il a vérifié directement si, dans les circonstances de l'espèce, les mesures contestées portaient une atteinte excessive au droit au respect de la vie familiale des requérants (la réponse a été positive dans le premier cas, négative dans le second). Il n'y avait pas à déterminer si une interdiction générale formulée par le législateur méritait d'être levée, compte tenu des circonstances, mais si les mesures d'éloignement d'étrangers que la loi avait donné à l'administration le pouvoir de prendre pouvaient l'être dans des circonstances données » (*RFDA* 2016, p. 754).

contrôle de la loi *in abstracto* et *in concreto*, en fait ils se confondent, dès lors que le fait de confier un pouvoir d'appréciation discrétionnaire à une autorité administrative pourrait contenir une violation de la convention et qu'il faut voir dans le contrôle *in concreto* plus ou moins étendu selon les droits en cause une condition permettant de justifier que la loi a confié un large pouvoir discrétionnaire d'appréciation à l'autorité administrative[11]. Il est vrai qu'Afroditi Marketou a bien souligné que le Conseil d'État pouvait comprendre le contrôle de proportionnalité *in concreto* dans le contrôle de conventionalité comme une occasion de sauver la loi et de traiter ainsi le cas dans lequel il n'en fait pas application plutôt comme une exception que comme une révision de la loi et que cela permettait de contraster sa politique jurisprudentielle avec celle de la Cour européenne elle-même[12]. Mais cette observation très importante ne conduit pas pour autant à remettre en cause les différences pertinentes entre le traitement du cas dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* et le traitement du cas dans les autres affaires dans lesquelles le Conseil d'État fait application du contrôle concret de la proportionnalité.

Dans toutes ces hypothèses, le contrôle *in concreto* est un contrôle exercé dans la mise en balance ou dans la spécification des règles et des principes qui sous-tendent le conflit entre normes ou la recherche de la cohérence des normes (je ne prends pas ici parti sur les choix à faire sur ces points de vue différents) et on observe qu'il produit comme résultat des critères stables valables pour les cas futurs, comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[13].

On voit qu'il n'y a pas lieu d'opposer le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto*, comme s'il s'agissait d'une opposition entre deux modes de raisonnement, par ailleurs présentés comme hiérarchisés, entre d'un côté un raisonnement sur des règles et d'un autre côté un raisonnement sur un cas, avec un saut

---

[11] Pour un exemple CE, Ass., 19 avr. 1991, n° 107470, *Belgacem Belkacem*. « Dans un certain nombre de cas, le juge administratif n'avait donné son brevet de conventionnalité *in abstracto* à une loi laissant une large faculté à l'administration qu'en réservant *in concreto* certaines atteintes disproportionnées à des droits issus de la Conv. EDH. Ainsi des lois de police des étrangers permettant à l'administration de refuser un titre et de reconduire un étranger, pour lesquelles a été réservée l'atteinte *in concreto* à la vie privée et familiale puis à d'autres droits » (L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* », *AJDA*, chronique de jurisprudence, 2016, p. 1398 s.).

[12] A. Marketou, « Examen de proportionnalité et raisonnement par cas dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », dans ce volume, *Cahiers de méthodologie juridique* 2018.

[13] Pour Jean-Claude K. Dupont, la casuistique dont fait preuve la CEDH n'écarte pas l'élaboration de critères et elle contribuerait ainsi à la détermination du contenu de la norme en mettant en œuvre ce qu'il appelle une « logique directive ». Les affaires sur la protection de la vie privée et familiale des roms permettent de voir se dessiner une « typification » des cas (existence d'un logement alternatif, etc.) (« Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement *in specie* de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. Boarini (dir.), *La casuistique classique : genèse, formes, devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2009, p. 187 s.). Voir aussi, sur ce point, dans ce volume, A. Marketou, art. précité.

entre les deux. De la même façon, si la Cour européenne des droits de l'homme fait référence à la fois à un contrôle abstrait et à un contrôle *in concreto*, c'est-à-dire, d'une part, à un examen de la législation (et des pratiques) pertinentes de façon abstraite et, d'autre part, à un contrôle portant sur des questions soulevées par le cas posé devant la Cour, il ne s'agit pas d'une opposition de nature entre deux méthodes, mais tour à tour, selon les affaires dont elle est saisie, d'un jeu institutionnel qui lui permet notamment de tenir compte de la marge nationale d'appréciation qu'elle souhaite laisser sur certaines questions aux États parties[14], ou encore d'une méthode adaptée pour mieux comprendre dans le cas, les droits, les principes et les précédents en présence en vue de leur meilleure application dans le contexte dans lequel elle doit prendre sa décision[15]. Ce qui n'est absolument pas la façon dont est comprise dans les affaires qui ont été au centre de notre attention l'opposition entre un contrôle abstrait qui porte sur la règle et un contrôle concret qui porte sur un cas présenté comme isolé.

On ne peut pas refuser de voir que le contrôle de proportionnalité puisse conduire à créer, dans les circonstances pertinentes, une nouvelle règle. Robert Alexy souligne que le résultat du processus de mise en balance entre principes est ou peut être une relation conditionnelle de prévalence entre les principes en

---

[14] CEDH, Grande Chambre, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, § 179-180 : « Dans une affaire issue d'une requête individuelle, la Cour n'a pas pour tâche de contrôler dans l'abstrait une législation ou une pratique contestée, mais elle doit autant que possible se limiter, sans oublier le contexte général, à traiter les questions soulevées par le cas concret dont elle se trouve saisie. Elle n'a donc pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de réglementer la question – complexe et sensible – de la relation entre des parents d'intention et un enfant né à l'étranger dans le cadre d'un accord commercial de gestation pour autrui et à l'aide d'une méthode de procréation médicalement assistée qui sont tous deux interdits dans l'État défendeur ». V. encore pour un cas relatif à l'application d'une législation sur le changement de nom, CEDH, 5 décembre 2013, *Kismoun c. France* : « La Cour rappelle que dans le domaine en cause, les États contractants jouissent d'une large marge d'appréciation. La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales compétentes pour définir la politique la plus opportune en matière de réglementation de changement de nom, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Sa tâche ne consiste donc point à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique pertinentes, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreint la Convention ».

[15] Pour une articulation des deux contrôles : CEDH, 24 novembre 1986, *Gillow*, § 56-57 : dans une affaire qui porte sur une disposition prise par les pouvoirs publics de Guernesey venant soumettre à l'autorisation de l'administration le droit de vivre à son domicile et cela dans le contexte particulier du risque de surpopulation sur cette île, la Cour admet qu'« on ne saurait trouver disproportionnée au but légitime poursuivi l'obligation légale, pour les requérants, de solliciter l'autorisation de vivre à leur "domicile". Il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 (art. 8) pour ce qui est des termes de la législation contestée (§56). Encore faut-il rechercher si la façon dont les services du logement ont exercé leur pouvoir d'appréciation à l'égard des requérants – refus de permis permanents ou temporaires et saisine des conseillers juridiques de la Couronne aux fins de poursuites – procédait d'un besoin social impérieux et notamment était proportionnée au but légitime visé (§57) ».

conflit. La mise en balance conduit à donner la priorité à un des deux principes en cause selon les circonstances C du cas à juger et, en conséquence, pour le dire formellement, si le principe P1, sous les circonstances C, l'emporte sur le principe P2 et si de ce principe P1 dérive une conséquence R (il est interdit ou permis de faire telle ou telle chose), alors on a la création d'une règle avec C comme antécédent et R comme conséquence : C => R[16]. Une importante partie des auteurs en théorie du droit rapproche des opérations d'interprétation les cas qui peuvent être présentés sous l'angle de la création d'exceptions à une règle existante par une opération de défaite de la règle dans le cas où elle aurait dû être appliquée[17]. On voit bien qu'en écartant, à l'occasion de son application, la loi à un cas d'espèce, le juge ne fait pas autre chose, même s'il ne l'explicite pas et même s'il indique qu'il refuse de le faire, que d'attribuer une signification à un texte et donc un travail d'interprétation.

Il ne serait même pas impossible de reconnaître dans le fait d'écarter une règle dans un cas, une double opération, la première (qui peut être passée sous silence par les juges) 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. C'est l'approche privilégiée par Alchourrón pour rendre compte de la défaisabilité des règles[18].

---

16 V. R. Alexy, *The Theory of Constitutional Rights*, ouvrage précité, p. 85.

17 Pour ce rapprochement entre défaisabilité et interprétation, v. R. Guastini, « Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation », in J. Ferrer Beltran and G. Battista Ratti, *The Logic of Legal Requirements : Essays on Defeasability*, OUP, 2012, p. 182 s.

18 V. Alchourrón, « Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems », *Law and Philosophy*, 10, 1991, n° 4, p. 413-425. Sur la controverse entre Alchourrón et Hilpinen sur ce point, v. M. Carpentier, *Norme et exceptions. Essai sur la défaisabilité en droit,* Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 231-232. Cela renvoie encore à la distinction célèbre et importante faite par Alchourrón et Bulygin entre des opérations qui portent sur le système normatif lui-même, détachées de toute opération d'application du droit et qui répondent à des questions abstraites de savoir si le système normatif comporte des lacunes normatives, si ces normes comportent des ambiguïtés ou encore des antinomies et des opérations qui portent sur l'application du droit à des cas concrets et qui répondent notamment à la question de savoir si les cas rentrent bien dans les prévisions des concepts qui définissent le champ d'application des normes (Alchourrón et Bulygin, *Normative Systems,* Springer-Verlag, 1971, p. 31 s).