Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation

Frédéric Rouvière

▶ **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2021, 03, pp.741. halshs-03407363

HAL Id: halshs-03407363
https://shs.hal.science/halshs-03407363

Submitted on 30 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.

Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation

F. Chénedé, Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité in concreto, D. 2021. 1142

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Laboratoire de théorie du droit

La question du contrôle de proportionnalité fait partie des questions obsédantes de ces dernières années ; c'est une question qui divise (v. déjà dans cette chronique : RTD civ. 2017. 522 ; *ibid*. 2018. 257). La contribution rapportée ne s'interroge plus sur la légitimité du contrôle. En effet, la Cour de cassation a, semble-t-il, définitivement franchi le pas et imposé la chose. C'est pourquoi François Chénedé tente de jeter quelques lumières sur la portée du contrôle en se fondant sur une double distinction issue d'Aristote et de Thomas d'Aquin. Sa contribution montre l'actualité indéniable des réflexions philosophiques pour la pratique actuelle du droit.

Premièrement, François Chénedé montre que le fameux passage sur l'équité dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* permet de proposer une distinction entre le cas et l'espèce. Aristote parle en effet de l'hypothèse où un cas est omis par la règle générale. L'équité doit permettre d'y pallier. Souvent mal comprise, cette équité n'est pas subversive mais « complétive » : le juge prolonge l'œuvre du législateur « pour lequel l'application littérale de la loi apparaîtrait inadaptée » (n° 4). La distinction entre l'espèce et le cas fait écho à celle entre l'arbitre qui statue en amiable compositeur pour l'espèce et le juge qui complète la loi pour un cas. Il y aurait ainsi une grande différence entre raisonner *in specie* et *in casu*, la différence étant que la dérogation apportée à la règle *in casu* est susceptible d'être reproduite pour les cas semblables, à l'inverse de l'espèce.

Deuxièmement, François Chénedé propose d'examiner un passage de la *Somme théologique* de Thomas d'Aquin en reprenant un commentaire de Michel Villey (n° 8). Il s'agit cette fois de distinguer entre les conclusions et les déterminations. Les conclusions sont tirées des grands principes de droit naturel (comme ne pas faire de mal à autrui : *neminem laedere*). Les déterminations sont en revanche des créations arbitraires du législateur au service de la loi (ex. les délais, les tarifs, les peines). Alors que les conclusions pourraient être contrôlées par la méthode proportionnelle, en revanche, l'interprétation littérale devrait prévaloir pour les déterminations, ce qui les excluraient du contrôle.

À l'aune de cette double distinction que propose François Chénedé, il est clair que le fameux arrêt pilote du 4 décembre 2013 (n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénedé; *ibid*. 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid*. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid*. 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid*. 2013. 663, point de vue F. Chénedé; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser; *ibid*. 307, obs. J.-P. Marguénaud) est entaché d'un double péché originel. Pour valider le mariage entre le beau-père et la belle-fille divorcée, les juges ont raisonné *in specie* en cantonnant l'exclusion de la prescription à cette seule espèce comme l'explique le communiqué de presse de la Cour de cassation qui précise que l'interdiction du mariage entre alliés n'est pas remise en cause. La dérogation était bien limitée à l'espèce car pour des faits semblables, une solution différente a été par la suite retenue (Civ. 1re, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, D. 2017. 953, obs. I. Gallmeister, note F. Chénedé ; *ibid*. 470, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid*. 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2017. 71, obs. J. Houssier ; RTD civ. 2017. 102, obs. J. Hauser). C'est donc le premier péché : raisonner *in specie* et non *in casu*. De surcroît, c'est une prescription qui a été écartée donc une détermination du législateur, et non une conclusion issue de la loi naturelle. C'est le second péché : refuser l'application littérale d'un élément qui ne se prête pas à la pesée des intérêts.

Qu'aurait-il fallu faire à l'aune de la méthode proposée par François Chénedé ? Il aurait fallu trancher de façon générale la question de savoir si le fait d'épouser son beau-père est une atteinte à la vie privée (par un raisonnement *in casu*). Cependant, le contrôle n'est plus réellement *in concreto* puisque la loi interdit expressément de tels mariages (C. civ., art. 161). De même, il n'était pas possible d'écarter la prescription qui est une détermination et non une conclusion selon la distinction thomiste. Ces éléments montrent bien selon nous que le débat mené est toujours celui de la

légitimité du contrôle de proportionnalité même s'il rejoint par certains aspects celui de son domaine. En effet, c'est moins la proportionnalité qui pose problème que le contrôle de conventionalité lui-même.

À cet égard, si la référence aristotélicienne est éclairante, la réflexion thomiste l'est selon nous beaucoup moins.

L'équité aristotélicienne souligne des oppositions qui sont rarement pensées comme telles. Le cas vise le particulier, l'espèce vise le singulier. Ces mots témoignent d'une importante différence entre une casuistique de formulation (le droit est pensé par cas) et de conception (le droit se renouvelle dans chaque cas). La première est celle de tout juriste depuis Rome, que les cas soient généraux (formulés par la loi) ou particuliers (identifiés en jurisprudence).

L'enjeu de la qualification de « cas » est la généralisation. En effet, le cas peut se définir comme une situation de fait stylisée, c'est-à-dire dont la complexité a été évacuée. Le cas est une espèce dont les traits saillants et typiques sont retenus. Le cas résulte ainsi d'un processus minimal d'abstraction qui conduit à mettre de côté les aspects considérés comme non pertinents. En d'autres termes, tout cas est construit pour être réitérable, le droit consistant fondamentalement à traiter les cas semblables de façon identique (F. Rouvière, Le fondement du savoir juridique, RTD civ. 2016. 286). La différence est décisive : si le cas est un argument, l'espèce ne l'est pas. L'espèce est une situation de fait relative dans l'espace et le temps, comportant des événements qui, par définition, ne se reproduiront jamais exactement de la même façon.

Cette distinction éclaire l'usage du jugement d'équité. L'équité de l'espèce est subversive et imprévisible : elle renverse la règle sans crier gare. Elle introduit le règne d'une exception permanente, implicite et non formalisée. Au contraire, l'équité du cas est bien celle d'Aristote : elle ne corrige pas la loi en la modifiant mais la complète en la prolongeant. Le juge oeuvre comme le ferait un législateur.

Aussi, nous pouvons en tirer la conclusion que le contrôle de conventionalité institue bien un raisonnement par exception. Il est d'ailleurs étrange que François Chénedé n'use pas du terme « exception » dans toute sa contribution. Cela paraît indiquer que selon lui le contrôle de proportionnalité est une forme du raisonnement en équité d'après une perspective aristotélicienne. Or nous ne le pensons pas.

L'équité d'Aristote ajoute, elle ne déroge pas. Pourtant, le contrôle de conventionnalité déroge à une application littérale des règles instituées. Le cas aurait dû entrer dans la catégorie mais le contrôle de conventionnalité l'en fait sortir. Ce que propose François Chénedé est donc d'emprunter le concept de cas pour modérer le contrôle de conventionnalité qui demeure pensé par les juges sur le mode de l'exception. En réalité, il s'agit d'éviter que chaque espèce ne devienne une exception. L'objectif est donc de formaliser et rationaliser les cas qui seront regardés *pour l'avenir* comme des exceptions à la règle.

En somme, il s'agit de concilier deux idéaux contradictoires : celui de la sécurité juridique du système et celui de la justice des solutions particulières. La sécurité juridique impose de ne pas distinguer lorsque la règle ne le fait pas. La justice impose de trouver la meilleure solution possible. L'excès de sécurité juridique produit des résultats sous-optimaux (ce que les juristes refusent souvent d'assumer : F. Schauer, *Penser en juriste*, trad. S. Goltzberg, Dalloz 2018, p. 36). Inversement, l'excès de justice ruine toute prévisibilité car chaque espèce est différente et la solution devrait toujours varier.

Pour rester juridique, la méthode du contrôle de conventionnalité *in concreto* ne devrait alors que statuer sur des cas. Sinon, elle ne serait que l'expression de préférences subjectives (on n'ose dire idéologiques) justifiées opportunément par des droits fondamentaux sans qu'on ne puisse rien en tirer en termes d'argument. Aussi, la justice de l'espèce ne doit pas détruire la prévisibilité du droit. Pour cela, le juge doit respecter sa propre jurisprudence, autrement dit ses propres cas, seraient-ils issus d'une exception d'inconventionnalité. L'objet du contrôle doit être des cas, non des espèces. Rien de nouveau sous le soleil sur ce point. Mais cette équité n'est pas complétive, elle est bien subversive. Aristote ne gagne pas la partie même s'il remporte une manche.

Il y a ensuite le domaine du contrôle de conventionnalité, rationalisé selon la distinction thomiste des conclusions et des déterminations. Sur ce point, on avouera être nettement plus sceptique même si la perspective proposée est séduisante et ne manque pas de panache. En effet, la distinction qu'effectue Thomas d'Aquin dans la *Somme théologique* (IIae, Q.95 a.2) est utilisée pour résoudre le problème de l'origine de la loi humaine. Thomas d'Aquin soutient qu'elle dérive de la loi naturelle. Il distingue alors deux formes de dérivation : comme des conclusions au regard des principes ou comme des déterminations de règles générales. La première forme de dérivation fait penser aux sciences (c'est une déduction syllogistique), la seconde forme fait penser aux arts (c'est une adaptation d'un modèle abstrait à un cas). Cette distinction est soutenue par une autre analyse : la loi écrite doit être conforme au droit naturel (IIa IIae Q.60 a.5).

En forçant un peu le trait, on peut alors retrouver l'opposition entre le contrôle *in abstracto* et *in concreto*. Ou bien c'est la loi qui n'est pas conforme en général à la Convention européenne des droits de l'homme (qui fait office de droit naturel) ; ou bien la concrétisation d'une loi conforme n'est pas satisfaisante pour un cas. Dans les deux hypothèses, l'invocation du droit naturel ou de la Convention européenne des droits de l'homme agit comme une exception à la loi écrite qui n'est applicable qu'autant qu'elle est conforme à une autre norme de référence.

Aussi, ce n'est pas parce que la détermination est un juste institué arbitrairement qu'il appelle forcément une application littérale. En effet, que dire d'une prescription de droit commun qui serait ridiculement courte, disons par exemple de seulement un mois ? Ce serait à n'en pas douter une atteinte au droit d'accès au juge. De façon générale, les déterminations censées être de droit strict sont sans doute celles qui, précisément pour cette raison, ont le plus besoin de l'équité du cas. Par exemple, le relevé de forclusion correspond à cette idée : il atténue la rigueur implacable du délai. Le point de départ mobile et la suspension de la prescription poursuivent le même objectif.

Aussi, ce qui nous paraît ici décisif n'est pas la doctrine thomiste elle-même mais la question qu'elle permet de poser de façon indirecte : le contrôle de conventionnalité peut-il s'appliquer *in concreto* à des règles ayant un fort degré d'arbitraire comme la prescription ? Apporter une réponse positive est non seulement retomber dans les travers du jugement d'équité au sens péjoratif hérité de la pratique des parlements d'ancien régime mais encore méconnaître le sens même des formes de procédure. La réflexion de Rudolf von Ihering dans *L'esprit du droit romain* (1886) est certes classique mais elle mérite d'être rappelée : *ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté.* En opérant des distinctions entre les espèces, le juge réintroduirait l'arbitraire que la procédure est censée prévenir.

En revanche, un contrôle *in abstracto* serait concevable dans l'hypothèse d'une loi inconventionnelle. Le point clé est donc que le contrôle *in concreto* ne convient pas à une certaine catégorie de lois. Le contenu de la distinction entre les conclusions et les déterminations nous a mis sur la voie sans que son contenu soit totalement pertinent. Toutefois, Thomas d'Aquin permet de comprendre que le contrôle de conventionalité est bien l'écho d'une pensée de droit naturel dont la préoccupation première est la justice. Mais celle-ci ne peut aller jusqu'à fragmenter le droit en espèces singulières. L'esprit thomiste plane au-dessus du droit.

Pour conclure, on peut dire que l'office du juriste doit rester ce qu'il a toujours été : préserver la cohérence des cas en veillant à ce que leur généralisation ne soit jamais injuste. C'est sans doute avant tout cette leçon-là qui justifie qu'Aristote et Thomas d'Aquin puissent être invités dans les délibérés de la Cour de cassation. L'exception de justice se doit d'être limitée à des cas.