



HAL
open science

Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux

Cedric Edouard

► **To cite this version:**

Cedric Edouard. Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2022. Français. NNT : 2022PAUU2125 . tel-04752451

HAL Id: tel-04752451

<https://theses.hal.science/tel-04752451v1>

Submitted on 24 Oct 2024

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.

THÈSE

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED 481)

Présentée et soutenue le 25 novembre 2022
par Cédric EDOUARD

en vue de l'obtention du grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

LE CONTRÔLE PAR LE JUGE JUDICIAIRE DE LA COMPATIBILITÉ DE LA LOI AVEC LES DROITS FONDAMENTAUX

MEMBRES DU JURY

RAPPORTEURS

Monsieur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Professeur en droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole*

Madame Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, *Conseillère à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, Professeure en droit privé, Présidente du jury*

EXAMINATEURS

Monsieur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Professeur en droit privé*

Madame Kiteri GARCIA, *Maître de conférences en droit privé à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*

CODIRECTEURS

Monsieur Laurent ABADIE, *Maître de conférences en droit privé à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*

Madame Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Professeur en droit privé à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*



L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la
présente thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*Toi qui remplis tout le bocage
De ton parfum délicieux,
Tu donnes la touchante image
D'un cœur modeste et vertueux.*

*Au sein d'une épaisse verdure,
Tu fuis les regards et le jour,
Et, souvent, près d'une onde pure
Tu fixes ton obscur séjour.*

*Ainsi le cœur pur et modeste
Comme toi cache son trésor,
Mais un parfum doux et céleste
Autour de lui prend son essor.*

*Oh ! Respecte, main généreuse,
La timide et charmante fleur !
Laisse-la croître humble et heureuse,
Laisse-la vivre en sa fraîcheur !*

La violette

Par Charles JEANNOT

AVERTISSEMENT AU LECTEUR

La version de cette thèse est une version modifiée et corrigée du manuscrit présenté pour l'obtention du grade de docteur en droit privé et sciences criminelles.

Les modifications apportées ont pris en considération les remarques et critiques formulées par les membres du jury lors de la soutenance de la thèse. Je tiens d'ailleurs à remercier chacun d'entre eux pour leur bienveillance et leurs remarques constructives, parfois accompagnées de l'envoi postérieur de suggestions et de corrections des « coquilles » décelées dans la thèse.

Outre la modification du titre de thèse, qui a été allégé, les précisions les plus importantes qui ont été ajoutées concernent l'articulation entre la saisine pour avis en conventionnalité et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne. Les ajouts ne changent toutefois pas les positionnements de l'auteur de manière substantielle, ils ont vocation à accroître la lisibilité et la compréhension de la thèse.

La version originale du manuscrit est tenue à la disposition de toute personne qui souhaiterait la consulter.

REMERCIEMENTS

Certaines lignes glissent plus aisément sous les doigts de leur auteur que d'autres. Il est difficile d'estimer si celles-ci suffiront à exprimer la profonde reconnaissance que je souhaite manifester à l'égard des nombreuses personnes qui m'ont accompagné au cours de mon parcours doctoral. Je perçois ce dernier comme une longue randonnée, ponctuée de paysages inoubliables, de découvertes, de curiosités mais aussi d'intenses moments de doutes.

Avant de l'entamer, il est rassurant d'avoir la certitude d'être accompagné tout au long du chemin. À ce titre, je remercie profondément mes parents, mes grands-parents, ma grand-mère, et mes sœurs, dont le dévouement et le soutien sans faille m'ont permis de mener un tel projet à son terme.

Une fois décidé à débiter ce long parcours, encore faut-il en imaginer l'itinéraire. À de nombreux égards, je ne peux que remercier Monsieur Laurent ABADIE de m'avoir orienté vers le choix de ce sujet dès la deuxième année de Master, et à Madame le Professeur Virginie LARRIBAU-TERNEYRE d'avoir accepté de diriger cette thèse à ses côtés. Tous deux m'ont si bien guidé, me laissant la liberté inestimable de m'égarer pour connaître la joie de retrouver des routes plus sûres, dont ils avaient préalablement balisé les étapes. Je mesure pleinement la chance qui a été la mienne d'avoir œuvré sous leur direction bienveillante et rigoureuse.

Que serait ensuite une randonnée sans compagnons de route ? Certains amis de longue date ont rendu l'épreuve plus agréable par la constance de leur affection¹. J'ai aussi eu la chance, dès les premiers pas, de bénéficier d'amitiés nouvelles qui perdureront². D'autres encore, croisés certes en cours de route, ont sans aucun doute permis que l'aventure soit menée à son terme, et se sont joints à cette communauté de voyageurs³. Enfin, peu avant l'achèvement, un immense merci à tous ceux qui ont retracé *a posteriori* l'itinéraire⁴, afin de le rendre plus agréable à parcourir pour ceux qui l'examineront par la suite. Une thèse n'est en effet guère plus qu'un cairn : solitaire, il n'a aucune utilité, voit sa solidité constamment éprouvée et n'a de réel sens que s'il peut guider de futurs randonneurs, qui déposeront à leur tour leur pierre à l'édifice⁵.

¹ Il me faut remercier nommément Alexandre, Amandine, Audrey, Charlotte, Clément, Colin, Coralie, Jean-Baptiste, Kévin, Kléa, Laurelenn, Léa, Marie, Marion, Nicolas, Sarah, et Sophie.

² À n'en pas douter, je me dois de remercier Adrienne, Aimie, Alexis, Aurore, Aydée, Barbara, Betty, Camille, Cédric, Clara, Florent, Fouzia, Julie, Juliette, Maëlys, Marianne, Marie, Margaux, Noémie, Oussama, Pierre-Yves, Ramsès, Sylvie et Virginie.

³ Il faut ainsi remercier Agathe, Baptiste, Clément, Franck, Maël, Maverick, Marion, Morgan, Romain, et Victoire.

⁴ Un immense merci à mes relecteurs, sans lesquels mon travail aurait été encore plus imparfait. Je remercie donc chaleureusement Camille, Clara, Florent, Noémie, Romain, Sarah, Virginie, Victoire, et ma mère.

⁵ Je remercie à ce titre Monsieur le Professeur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Madame Kiteri GARCIA, Monsieur le Professeur Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Madame la Conseillère et Professeure POILLOT-PERUZZETTO, ainsi que d'éventuels lecteurs postérieurs.

SOMMAIRE

Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux

PARTIE 1 : L'INTÉGRATION EQUILBRÉE DU DOUBLE CONTRÔLE DE LA LOI DANS LE PAYSAGE JURIDICTIONNEL

TITRE 1 – L'équilibre par l'identité totale d'objet et d'effets des contrôles de la loi

Chapitre 1 : L'équilibre avec le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme

Chapitre 2 : L'équilibre avec le contrôle du juge administratif

TITRE 2 – L'équilibre par l'identité partielle d'objet et d'effets des contrôles de la loi

Chapitre 1 : La complémentarité avec le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne

Chapitre 2 : La complémentarité avec le contrôle du Conseil constitutionnel

PARTIE 2 : L'INTÉGRATION PERFECTIBLE DU DOUBLE CONTRÔLE DE LA LOI DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS

TITRE 1 – Les bienfaits du double contrôle sur la règle de droit

Chapitre 1 : Le renforcement de la norme contrôlée

Chapitre 2 : L'affirmation d'une démocratie judiciaire

TITRE 2 – Les nécessités d'encadrement du double contrôle

Chapitre 1 : L'encadrement des méthodes de contrôle de la loi

Chapitre 2 : L'encadrement des acteurs du double contrôle de la loi

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	affaire
<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique des collectivités territoriales</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique, droit administratif</i>
<i>AJDI</i>	<i>Actualité juridique, droit immobilier</i>
<i>AIJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJ fam.</i>	<i>Actualité juridique famille</i>
al.	Alinéa(s)
art.	article
art. préc.	Article précité
Ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
<i>c/</i>	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Cons. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
CE, Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Civ. 1 ^{ère}	Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2 ^{ème}	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3 ^{ème}	Cour de cassation, troisième chambre civile
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	confer (se reporter à)
chron.	chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Comm.	Commentaire
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>

dir.	sous la direction de
éd.	édition
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>Infra</i>	ci-dessous
JCP A	<i>La semaine juridique – administration et collectivités</i>
JCP G	<i>La semaine juridique – édition générale</i>
JORF	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les petites affiches</i>
n°	numéro
<i>Nouv. Cah. Cons. const.</i>	<i>Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</i>
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (ouvrage cité)
ord.	ordonnance
p.	page
préc.	précité
pt.	Point(s)
PUAM	Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l’homme</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l’homme</i>
Rec.	Recueil
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle</i>
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
suiv	suivant(s)
Sect.	Section du contentieux du Conseil d’État
spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	ci-dessus

TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
v.	voir
vol.	volume

.

INTRODUCTION

1. « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* »¹.

La construction du contrôle de la loi, en France, découlerait-elle d'un aveu d'humilité ?² La compétence du juge ordinaire, notamment du juge judiciaire, pour opérer le contrôle de la compatibilité³ de la loi aux droits fondamentaux portés par les textes internationaux ne serait alors qu'une compétence par défaut⁴, dont les fondations paraîtraient bien fragiles. Elles semblent pourtant supporter les assauts du temps, se renforçant au fil des décennies, et constituent un édifice encore inachevé. Le monument érigé a pris progressivement les allures d'une cathédrale consacrée à la protection des droits de l'Homme, sans que son premier architecte n'ait probablement pleinement mesuré l'étendue d'une œuvre qui serait par la suite confiée à d'autres que lui.

¹ Cons. Const., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n°74-54 DC, consid. 7.

² Pour rappel, la décision débute par l'affirmation selon laquelle « *l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* ».

³ Le terme « conformité » aurait toutefois pu aussi être utilisé, notamment au regard de l'article 61 de la Constitution et de la décision *IVG* précitée. La lecture des décisions du juge judiciaire montre qu'il tend à privilégier le terme « compatible », particulièrement lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois le terme « conforme » est aussi fréquemment utilisé. Par conséquent, ils seront considérés comme synonymes, du moins pour le traitement du présent sujet. La définition du contrôle de conventionnalité s'appuie d'ailleurs très souvent sur ce second terme, et correspond au « contrôle de la conformité d'une loi nationale », V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022. À noter toutefois que la doctrine en droit public a pu s'interroger sur l'intérêt d'une distinction entre conformité et compatibilité, les deux termes pouvant se distinguer par leur intensité : la conformité serait plus rigoureuse, plus rigide, et impliquerait une stricte adéquation à la norme supérieure. V. en ce sens, Ch. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, imprimerie française, Paris, 1957, p. 25, spéc. pp. 31-32. V. aussi, pour un choix similaire en matière de renseignement, N. VÉRON, *Protection des données personnelles et renseignement. Contribution à l'identification d'un régime juridique autonome*, thèse dactylographiée, 2021, à paraître aux éditions L.G.D.J., p.286.

⁴ Le « contrôle de conventionnalité » renvoie à un sens plus large de compatibilité des lois aux traités internationaux, qu'ils portent ou non sur des droits de l'homme. Il peut ainsi être perçu, comme le souligne très justement la Professeure DEUMIER, comme « *un outil de résolution des conflits de normes par leur dissolution* », qui peut revêtir divers aspects, selon qu'il est question de la confrontation de la norme nationale avec un droit fondamental ou encore avec un texte supranational régional qui a une vocation purement réglementaire, comme c'est par exemple le cas en droit de l'Union européenne. Seul l'aspect qui concerne les droits fondamentaux sera évoqué dans la présente thèse, dans la mesure où c'est celui qui présente les interactions les plus complexes. Dans le cadre de notre étude, le terme « contrôle de conventionnalité » sera donc parfois employé, par abus de langage, pour désigner cette seule dimension restrictive, mais il faut garder à l'esprit qu'il a une dimension plus englobante. Pour une bonne définition, dans ses rapports avec le contrôle de constitutionnalité, V. Th. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, L.G.D.J., 2021, p.4, §5 à §11.

Les appréciations divergentes de ses observateurs s'expliquent par la critique d'un système en voie d'hybridation, tentant d'intégrer des logiques étrangères issues de courants de pensées variés. Un tel confluent engendre des turbulences qui rendent le contrôle du juge judiciaire difficilement lisible, d'autant qu'il n'est pas le seul organe destiné à contrôler la conformité de la loi aux droits fondamentaux. En effet, d'autres juridictions participent à ce contrôle, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international. On peut dès lors se demander si le système parvient aujourd'hui à un équilibre et dans quelle mesure le juge judiciaire y contribue. Avant de répondre à cette interrogation, encore faut-il évoquer l'évolution du contrôle de la loi par le juge judiciaire, qui s'est construite de manière progressive et empirique, notamment au regard de la normativité croissante des droits fondamentaux. Elle apparaît ainsi profondément complexe (I), ce qui implique de se poser la question de l'évaluation du contrôle construit par le juge judiciaire (II). De tels questionnements ont mis en lumière la nécessité de déterminer une clef de lecture commune aux différents contrôles de la loi pour y répondre (III). Le choix de la dichotomie entre le contrôle de la compatibilité « du contenu » et « de l'application » de la loi avec les droits fondamentaux nous a semblé être la plus à même d'appréhender les différents enjeux que couvre un tel sujet. Cette approche nous permettra de défendre l'idée selon laquelle l'utilisation du contrôle, tant du contenu de la loi que de son application, est un réel atout pour le système juridique français (IV).

I. La construction complexe des contrôles de la loi

2. La normativité croissante des droits fondamentaux. Avant d'évoquer plus en détail le contrôle qu'exerce le juge judiciaire sur la loi au regard des droits fondamentaux, encore faut-il s'intéresser à leurs origines, qui permettront de mieux comprendre les différentes étapes de leur intégration en droit en français. Cela permettra d'identifier tant l'objet que les origines du contrôle du juge judiciaire. La notion de droit fondamental s'est construite progressivement par une normativité et une juridicité qui a pu varier, et qui se résume dans la distinction entre droits de l'homme, libertés publiques et droits fondamentaux¹. S'agissant des premiers, la notion de

¹ La distinction entre les droits de l'homme, libertés publiques et droits fondamentaux repose essentiellement sur leur juridicité et leur normativité, l'évolution est donc dans cette mesure qualitative. Pour une évolution quantitative, une théorie – bien connue – des générations de droits de l'homme a aussi été développée (V. K. VASAK, « Le droit international des droits de l'homme » RCADI 1974, t.140, p.344 et suiv.). Pour une synthèse, V. C. DROULLER, *Ordre public et droits fondamentaux*, IFJD, 2021, p.103 à 109. Pour une étude d'ampleur, V. aussi, K. GARCIA, G. HELLERINGER, « Le rayonnement des droits de l'homme et des droits fondamentaux en droit privé », *RIDC* 2014, n°2, p.283, v., spécialement sur la question de la notion de droits de l'homme et de droits fondamentaux, p.284 à p.292.

droits de l'homme avait initialement une valeur fortement symbolique, et découlait davantage de proclamations de pays se revendiquant d'une qualité démocratique que d'une réelle effectivité juridique. L'exemple le plus emblématique demeure la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont s'inspire d'ailleurs la Déclaration universelle des droits de l'homme¹. Concernant les libertés publiques, elles témoignaient d'une volonté du législateur français, à la fin du XIX^{ème} siècle, de donner une véritable normativité aux droits de l'homme : la loi permet ainsi de leur faire revêtir l'habit juridique garantissant leur effectivité, par le contrôle juridictionnel qui peut en découler. Suite à la seconde guerre mondiale, le constat de l'ineffectivité de la protection législative a conduit à une évolution des libertés publiques vers la notion de droit fondamental, laquelle se voulait protectrice d'éventuelles errances d'une démocratie représentative. Il était en effet nécessaire de leur conférer une hiérarchie supérieure à celle des lois, qui s'est traduite à deux niveaux. Sur le plan interne, par le biais de la décision *Liberté d'association*² du Conseil constitutionnel, qui a permis de conférer une véritable normativité aux droits fondamentaux d'origine constitutionnelle. Parallèlement, la ratification de Traités internationaux auxquels la France a progressivement reconnu une valeur contraignante, en application de l'article 55 de la Constitution et des décisions *IVG* et *Jacques Vabre*³, a impliqué de confier au juge judiciaire la capacité de contrôler lui-même la norme législative. Les droits fondamentaux, du fait de leur évolution, tirent ainsi leur légitimité tant d'un critère formel que substantiel, ce qui justifie leur rayonnement. La multiplication croissante des traités internationaux protecteurs des droits de l'homme⁴ est à l'origine d'une considérable extension de ses pouvoirs. Ces diverses évolutions ont marqué un véritable

¹ Cette dernière est d'ailleurs encore aujourd'hui tout autant dépourvue d'effet contraignant que l'était sa proche parente au temps de sa proclamation. La paternité avec le droit naturel et l'aspect transcendantal des droits de l'homme est soulignée dans certains ouvrages, V. not. J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Les libertés publiques*, Tome I, 9^{ème} édition, PUF, 2003, p.7 ; DIJON (Xavier), *Droit naturel*, Tome I, *Les questions du droit*, Thémis, PUF, 1998, p.88 et suiv. ; J. MORANGE, *Libertés publiques*, PUF 1985, p.10 ; L. FAVOREU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2016, p.75, §88. Pour une bonne synthèse, V. C. LAURENT-BOUTOT, *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, 2006, p.19 à 22. Pour un exposé du processus historique qui a guidé l'émergence des droits fondamentaux, V. C. DROUILLER, *op. cit.*, p.19, §9, et V. surtout, pour davantage de détails, §71 et suiv. dans lesquels l'auteur évoque le contexte propice à l'émergence de valeurs fondées sur l'homme (p.95 à p.100) liées au développement de l'État de droit (p.101, §79 à 81).

² Cons. const., 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n°71-44 DC.

³ Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556.

⁴ Madame LAURENT-BOUTOT estime ainsi à juste titre que « l'émergence du droit international des droits de l'Homme ne remonte pas à plus d'une cinquantaine d'année. Il s'est enrichi à une vitesse vertigineuse, ne permettant pas toujours aux institutions d'absorber l'ensemble normatif qu'il représente. Pourtant, il séduit le justiciable, qui l'invoque, de plus en plus fréquemment, au soutien de ses pourvois », V. C. LAURENT-BOUTOT, *op. cit.*, p.38, §16. Nous prendrons le parti de ne pas cantonner l'étude du contrôle du juge judiciaire aux droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, précisément pour la raison exposée par l'auteur précitée. D'autant que la construction du contrôle du juge ordinaire et les méthodes qu'il mobilise ne devraient, s'il souhaite le rendre cohérent, pas différer en fonction des sources.

tournant dans le système juridique français. En effet, le juge judiciaire a acquis la capacité de la contrôler au regard de normes internationales : le contrôle de la loi implique ainsi de trancher un véritable conflit entre deux normes¹, qu'un simple rapport hiérarchique ne suffit pas à résoudre. Or, une telle approche l'éloigne de son rôle traditionnel, qui consistait à interpréter et appliquer la loi. L'appropriation par le juge judiciaire du contrôle de la loi est donc le fruit d'une synthèse entre méthodes d'interprétation², d'application et de contrôle, qui lui font revêtir par conséquent de multiples dimensions. Le rapport hiérarchique qu'implique un tel renouvellement de son rôle a permis de légitimer l'importation dans le système juridique français de logiques issues de droits étrangers.

3. L'intégration complexe dans le système français de logiques étrangères.

L'évolution précitée doit conduire à un premier constat. Les autorités élues, par la ratification des traités³, ont elles-mêmes consenti à un abandon de souveraineté. Ainsi, le contrôle que doit exercer le juge ordinaire sur les lois est doublement extérieur à sa volonté. Sa compétence résulte d'abord d'un choix politique, par la volonté du constituant d'instaurer une hiérarchie qui implique pour la loi d'être compatible avec des normes supérieures que le pouvoir politique négocie sur le plan international ; puis d'opportunité, puisqu'elle découle d'une décision d'un organe constitutionnellement compétent pour contrôler les lois avant puis après leur promulgation. L'intégration de logiques étrangères est ensuite contrainte dans la mesure où le pouvoir politique a par la suite choisi de soumettre l'ordre juridique français à l'ordre européen, par le biais de l'admission du recours individuel auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en 1981⁴. Le juge judiciaire doit donc s'inspirer, pour exercer son propre contrôle sur la loi, de logiques issues d'une juridiction supranationale, et de faire rayonner sur le plan interne la Convention européenne des droits de l'homme⁵. Or, les méthodes de la Cour européenne sont

¹ Le terme « loi » sera entendu *lato sensu*, en tant que norme générale et impersonnelle.

² Pour une belle approche en philosophie, V. P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012, spéc. p.417 et suiv. s'agissant de l'interprétation. On ne peut sur un tel sujet que citer l'œuvre du Professeur GÉNY, V. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Bruylant, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1919.

³ L'article 52 de la Constitution en confie la compétence au Président de la République, tandis que l'article 53 impose une ratification législative pour « *les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire* ».

⁴ La Convention européenne des droits de l'homme a été signée le 4 novembre 1950, mais la France ne l'a ratifiée qu'en 1974. La décision IVG est par ailleurs rendue l'année suivante. Le recours individuel devant la Cour européenne n'est, quant à lui, permis qu'en 1981, encore une fois après ratification « législative », la construction n'ayant cessé de se renforcer depuis, le plus souvent par ce biais.

⁵ Les propos du Doyen Carbonnier, bien connus mais trop souvent tronqués, peuvent être ici cités. Il soulignait, en nuanciant : « *À la vérité, les droits venus d'ailleurs sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni*

majoritairement inspirées de logiques issues de pays de *common law*. Contrôle de proportionnalité, citation du précédent, évocation massive des faits et motivation approfondie se heurtent ainsi à la concision des décisions françaises, et plus particulièrement à la technique de la cassation à laquelle est coutumier le juge français. Outre des considérations méthodologiques, l'intégration du contrôle de la loi en droit français renvoie nécessairement à des réflexions qui concernent les interactions entre les sources du droit, plus particulièrement s'agissant de la jurisprudence¹ et de la loi. *In fine*, ces confrontations sont le reflet de sensibilités dont les origines sinueuses sont difficilement appréhensibles. Les approches peuvent être nombreuses² mais, schématiquement, il apparaît que les systèmes de droit continental sont en grande partie irrigués par une logique rationaliste. Autrement dit, ils s'inspirent du principe selon lequel la connaissance humaine procède de grands principes indépendants de l'expérience, qui sont marqués par une certaine abstraction si bien qu'il s'agit, pour le juge, de suivre des règles préalablement fixées qui en sont la traduction. Le raisonnement est dans ce cas plutôt déductif et implique le respect d'un ensemble de règles générales préalablement coordonnées³. Au contraire, l'empirisme qui innerve la *common law* s'appuie sur l'expérience sensible, qui permet d'extraire des règles au travers d'un raisonnement inductif, la règle de droit étant formée par comparaisons des cas soumis à l'appréciation du juge. Une telle logique heurte ainsi nécessairement les partisans d'un raisonnement déductif, dont le syllogisme juridique est

*histoire ni territoire. Ils ont surgi d'abstractions. Que ces droits venus de nulle part aient pénétré dans le droit français sans s'y fondre, en s'y faisant reconnaître, dans un champ plus ou moins bien délimité, un statut de droit non seulement autonome, mais supérieur au droit national – c'est certainement un événement majeur des quarante dernières années. Comment cela a-t-il été possible ? Par le droit lui-même, par le principe de droit international, inscrit à l'article 55 [...] de la Constitution, que les traités l'emportent sur la loi interne. Car ces droits venus du dehors se sont réclamés de traités pour entrer », V. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, p.48.*

¹ Le traitement d'un tel sujet implique nécessairement qu'elle soit considérée comme une source du droit, par le simple fait que le juge contrôle la loi et peut l'évincer. Il peut être ainsi être identifié comme étant un « législateur négatif » selon la célèbre formule d'Hans Kelsen, à propos du juge constitutionnel, V. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p.226. Cette conception stricte doit être atténuée à la lumière des évolutions récentes, V., sur le plan constitutionnel, M. CHARITÉ, « Quand le Conseil constitutionnel réécrit la loi », *AJDA* 2018, p.261.

² Elles sont très bien résumées par le Professeur DUPRÉ DE BOULOIS, qui en envisage les différents ressorts de manière claire et synthétique, en abordant les différents registres de la critique, tant par l'approche systémique, politique ou encore par les liens que les droits de l'homme entretiennent avec la société. Il examine aussi le champ des discours critiques sous l'angle français et européeniste, privatiste et publiciste, ou encore progressiste et conservateur. Nous renvoyons sans réserve à cet édifiante contribution, dans laquelle les différents courants de doctrine sont très bien distingués, V. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « La critique doctrinale des droits de l'homme », *RDLF* 2020, chron. n°38.

³ L'approche est ainsi plutôt herméneutique, comme le souligne très justement Monsieur CASU dans son travail doctoral, auquel on peut se référer pour une approche historique, V. G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, thèse dactylographiée, 2013, p.7 et suiv., §12 à §16.

l'une des représentations les plus flagrantes¹. D'autant plus que la norme de référence du contrôle est un droit fondamental, véhicule de valeurs morales auxquelles la loi devrait se soumettre, alors qu'elle peut elle-même en garantir².

Les enjeux sont ainsi considérables, et auraient probablement mérité que l'on confie au juge judiciaire les outils pour manier de telles logiques en droit français. Or, ce ne fut – et ce n'est d'ailleurs toujours pas – le cas. Il a pourtant été ensuite confronté à la multiplication croissante des contrôles de la loi par d'autres organes juridictionnels, ce qui complexifie grandement l'appréhension de son contrôle.

4. La multiplication croissante des contrôles de la loi par diverses juridictions. Le contrôle de la loi ne s'est pas vu confier qu'au juge judiciaire et à la Cour européenne des droits de l'homme. La loi promulguée a fait progressivement l'objet de divers contrôles, à la fois internes et externes.

D'un point de vue interne, l'admission attendue du contrôle de la loi par le juge administratif en 1989 avec la décision *Nicolo*³, plus tardive que celle du juge judiciaire, a permis une mise en cohérence des deux ordres juridictionnels mais a créé, par ce biais, une interférence supplémentaire. Le développement conséquent du contrôle de la conventionnalité de droits d'origine supranationale a ensuite conduit le constituant français à doter le Conseil constitutionnel de pouvoirs de contrôles sur la loi promulguée. La question prioritaire de constitutionnalité est donc le fruit d'une concurrence des contrôles de la loi. Les contrôles exercés par les juges français sont par conséquent fragmentés, tant sur un plan organique que matériel. Organique d'abord, du fait de la dualité des ordres de juridictions et de la présence d'un juge constitutionnel spécifique. Matériel ensuite, dans la mesure où l'examen de la constitutionnalité et la conventionnalité des lois est distingué et ne repose pas sur des normes de référence formellement analogues. De surcroît, le contrôle des lois est tantôt majoritairement concentré lorsqu'il est constitutionnel, tantôt diffus lorsqu'il est conventionnel. Le premier est en effet confié au Conseil constitutionnel, et indirectement aux juges judiciaires et administratifs chargés de filtrer les questions qui lui sont soumises. Le second est en revanche diffus, dans la mesure où tout juge de chaque ordre, et ce quel que soit son degré de juridiction,

¹ Cela justifie qu'elle ait été choisie en France pour réduire le pouvoir d'appréciation du juge, et qu'une telle méthode ait été longtemps vue comme la seule méthode qu'il puisse exercer. V. sur ce point, la thèse du professeur TIMSIT, p.21 et suiv., qui conteste cette vision.

² Il s'agit donc pour le juge de trancher en partie un conflit entre des *valeurs* issues de sources normatives différentes, qu'un rapport seulement hiérarchique ne suffit pas à résoudre.

³ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243

peut examiner la compatibilité de la loi à un traité international dont les stipulations ont un effet direct sur le droit français, ce qui impose de prendre en considération une pluralité de sources de droits fondamentaux¹. La complexité apparaît ainsi rapidement par le seul examen de l'éclatement interne des contrôles, et laissent entrevoir les innombrables interactions qu'il convient d'envisager, d'autant que le contrôle du juge judiciaire doit aussi être coordonné avec les contrôles européens.

D'un point de vue externe, la ratification de certains traités a permis de confier un réel pouvoir de contrainte à deux cours qui occuperont notre attention². D'abord, l'inclusion de la France au sein de l'Union européenne lui impose le contrôle de la Cour de justice qui lui est rattachée. Ensuite, elle s'est aussi soumise, comme cela a été mentionné, à l'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme. Là encore, l'éclatement est tant organique que matériel, dans la mesure où chacune de ces deux juridictions supranationales est en charge d'assurer le respect de normes internationales différenciées, qui consacrent chacune des droits fondamentaux en partie analogues³ mais dont les sources formelles et le champ d'application diffèrent⁴. Or, chacune de ces deux cours fait évoluer progressivement son contrôle, au fil du temps et des traités qui élargissent leur champ de compétences. Le juge strasbourgeois doit ainsi adapter son contrôle en vue d'endiguer un afflux massif de recours, tandis que le luxembourgeois se voit confier un rôle de garant des droits fondamentaux, rôle qui ne lui était pourtant traditionnellement pas familier.

Les interactions inter-juridictionnelles sont donc conséquentes⁵, et impliquent de confronter les contrôles des juges judiciaires et administratifs de divers degrés – Cour de cassation et Conseil

¹ Certes, il est vrai que la Convention européenne a longtemps été considérée comme la source principale de droits fondamentaux, et que les juges ordinaires ont très justement construit leur contrôle par sa référence, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, il nous semble que désormais, il faille non seulement prendre en compte les droits fondamentaux issus du droit de l'Union européenne, mais plus largement tous les traités protecteurs des droits de l'homme, qui peuvent être mobilisés au même titre sous réserve de leur effet direct. La construction du contrôle du juge ordinaire et les méthodes qu'il mobilise ne devraient, s'il souhaite le rendre cohérent, pas différer en fonction des sources. Sans exhaustivité, sous réserve des effets directs de leurs stipulations, seront donc aussi concernés certains droits contenus dans le pacte international des droits civils et politiques, des conventions de l'organisation internationale du travail, ou encore la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. Bien évidemment, l'influence croissante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et plus largement des droits fondamentaux d'origine communautaire, justifiera d'y consacrer des développements.

² Par exemple, les organes comme le comité des droits de l'homme, qui n'est pas une véritable juridiction, ou la Cour pénale internationale, qui quant à elle a une compétence très ciblée, ne seront donc pas concernés.

³ Les droits consacrés par l'Union européenne sont en effet plus nombreux, notamment sur le plan social, que ceux de la Convention et de ses protocoles. Les points de convergence et de divergence reposent sur l'effet direct consacré ou non à leurs stipulations respectives.

⁴ La Cour de justice de l'Union européenne ne peut en effet contrôler que les normes mettant en œuvre le droit de l'Union européenne.

⁵ Elles sont d'ailleurs la traduction d'interactions entre les ordres juridiques. Les décisions juridictionnelles sont ainsi les véhicules des logiques propres à chacun d'eux. Le plus souvent, elles sont d'ailleurs étudiées de manière

d'État à leur tête – à ceux du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice de l'Union européenne et enfin de la Cour européenne des droits de l'homme¹.

La complexité et les imbrications multiples des contrôles de chaque juge ont été amplifiées par l'évolution du contrôle du juge judiciaire.

5. Mise en concurrence des contrôles et dédoublement réactionnel du contrôle de la loi par le juge judiciaire. La multiplication des contrôles de la loi implique nécessairement leur mise en concurrence. Or, la Cour de cassation, notamment en réaction à l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, a opté pour une forme de dédoublement des effets de son contrôle. Cette question fait l'objet d'une réflexion approfondie menée par la Haute juridiction qui, en la matière, adopte une véritable stratégie de communication, en usant de moyens variés : entretiens², discours³, colloques disponibles en ligne⁴, *memento* à destination des juges du fond⁵, ou encore rapports très complets tant sur le plan de ses évolutions générales⁶,

fragmentée, chaque spécialiste identifiant de telles interactions dans son propre domaine. On notera toutefois une œuvre majeure qui permet d'en mesurer très largement l'ampleur, et qui fait donc office de référence en la matière, V. B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, L.G.D.J., 2016. V. aussi, dans le même ordre d'idée, préalablement, V. B. BONNET (dir.), *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Lextenso, coll. « Forum », 2013 ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002. Pour une bonne et rapide synthèse, à l'aune de la Question prioritaire de constitutionnalité, V. B. AUBERT, C. SAAS, « Les échos entre cours suprêmes », *AJ pénal* 2011, p.277

¹ Certains évoquent à juste titre le terme de « *Quintumvirat* » du contrôle de la loi française, V. par exemple, Th. LARROUTOUROU, *op. cit.*, p.28.

² L'un des plus emblématiques, souvent repris et évocateur, est celui du premier président LOUVEL, V. Entretien avec Bertrand LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, *JCP G* 2015, n°43, p.1122, ou site de la Cour de cassation. V. aussi, similairement, B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de Cassation », *D.* 2015, p.1326.

³ V., parmi les plus emblématiques, les discours de Bertrand LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, « La Cour de cassation face aux défis du XXIème siècle », mars 2015, site internet de la Cour de cassation ; ou encore « La Cour de cassation face à l'évolution juridique internationale », 31/03/2015, *ibid.* La question est aussi régulièrement évoquée lors des audiences d'installation. Pour un exemple, V. les propos d'accueil du premier président LOUVEL lors des audiences d'installation du 20/01/2017 et du 02/03/2015, site internet de la Cour de cassation.

⁴ Sans exhaustivité, la rediffusion de plusieurs colloques est disponible sur le site internet de la Cour de cassation. V. par exemple, S. PERDRIOLLE, S. POILLOT-PERUZZETTO, L. RASS-MASSON (dir.), « Penser l'office du juge », qui attire particulièrement l'attention. Plus particulièrement, dans ce cycle, « L'office du juge, la raison et ses émotions » (du 14 avril 2022), « L'office du juge et la co-élaboration du droit » (du 28 mars 2022), « L'office du juge, dire le droit » (du 15 novembre 2021), « L'office du juge et l'état de droit » (du 21 octobre 2021), « L'office du juge et les cours suprêmes » (du 5 juillet 2021), « L'office du juge et le droit européen » (du 12 avril 2021), « L'office du juge des libertés » (du 15 mars 2021), « L'office du juge, dire le droit pour résoudre un conflit » (du 16 novembre 2020) et enfin « Regards croisés sur l'office du juge : perspective politiste, historique et philosophique » (du 12 octobre 2020).

Les conférences des cycles « La justice, les justiciables et le public » et « Numérique, droit et société » sont aussi édifiantes. On notera aussi la rediffusion des débats sur le thème « La place de l'autorité judiciaire dans les institutions » des 25 et 26 mai 2016 (à l'Assemblée nationale et au sénat). La Cour de cassation manifeste ainsi une réelle volonté de tisser des liens avec le monde universitaire, ce qui est d'ailleurs souligné dans divers rapports.

⁵ *Memento* du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2018, site internet de la Cour de cassation.

⁶ Rapport de la Commission de réflexion de la Cour de cassation, « Cour de cassation 2030 », juillet 2021, site internet de la Cour de cassation ; rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation,

que sur le contrôle de proportionnalité¹. Cette évolution a fait l'objet de très vifs commentaires. En effet, initialement, l'intégration du contrôle de la loi qu'elle exerçait s'était montrée la plus respectueuse possible de son rôle traditionnel : les effets du contrôle étaient généraux, et pouvaient conduire à l'éviction générale de la norme ou son maintien. Même si, évidemment, plusieurs figures de ce type de contrôle pouvaient être identifiées, de tels effets s'intégraient au mieux au système français et à la technique de la cassation, tout en permettant au juge d'être un acteur essentiel de l'évolution du droit français, selon les prescriptions de la Cour européenne des droits de l'homme. L'incontournable arrêt du 4 décembre 2013² a constitué ainsi l'un des premiers pas du juge judiciaire vers un contrôle de l'application de la norme qui conduit à son exclusion non plus générale mais cantonnée à l'affaire en cause. Cette forme de contrôle, plus récente, a fait l'objet de très fortes tensions doctrinales, tant elle heurte la tradition juridique française. Le nombre de contributions et d'études qui ont suivi cet arrêt emblématique est conséquent, et n'a cessé de croître depuis, ce qui témoigne de l'intérêt particulier que l'étude du contrôle du juge, plus précisément judiciaire, peut revêtir. Les oppositions, initialement très marquées, conduisaient à opposer d'une part ceux qui plaidaient pour l'abandon d'un tel

Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, *ibid.* Ce rapport consacre d'ailleurs des développements précisément sur la stratégie de communication de la Cour de cassation, préconisant la définition d'« une politique de communication audacieuse », qui implique de construire « un grand service de communication » (V. p.78 à p.87). Une telle stratégie est d'ailleurs similairement visible chez le Conseil constitutionnel.

¹ Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant du contrôle de conventionnalité (« contrôle de proportionnalité »), Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation.

² Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, Bull. civ. I, n°234. Il a d'ailleurs été vivement commenté. V. not., *D.* 2014, p.179, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* p. 153, obs. H. FULCHIRON ; *ibid.* 2014, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2013, p. 663, obs. F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* 2014, p. 124, obs. S. THOURET ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G* 2014, n° 93, note M. LAMARCHE ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 264, obs. E. VIGANOTTI ; *Deffrénois* 2014, p. 140, note Ch. BAHUREL ; *Dr. fam.* 2014, n° 1, obs. J.-R. BINET ; *RLDC* 2014/112, n° 5308, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *RJPF* 2014-5/6, M.-Ch. MEYZEAUD-GARAUD.

Pour un contrôle du juge administratif tout autant commenté, y compris par la doctrine en droit privé, tant il emprunte des traits similaires, V. CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, *Rec. Lebon*, p. 208, concl. A. BRETONNEAU ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 24, note M. AFROUKH ; *ibid.* n° 27, p. 16, note P. LE MAIGAT ; *ibid.* n° 28, p. 29, note M. GUYOMAR ; *JCP G* 2016, 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *Dr. adm.* 2016, repère 7, obs. J.-H. STAHL ; *Dr. fam.* sept. 2016, étude 15, J.-R. BINET ; *ibid.* comm. 178, note R. VESSAUD ; *Procédures* 2016, comm. 244, obs. S. DEYGAS ; *AJDA* 2016, p. 1092 ; *ibid.* p. 1398, chron. L. DUTHEILLET de LAMOTHE et G. ODINET ; *D.* 2016, p. 1470, obs. M.-Ch. de MONTECLER ; *ibid.* p. 1472, note H. FULCHIRON ; *ibid.* 1477, note B. HAFTEL ; *ibid.* 2017, p. 729, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* p. 781, obs. J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.* 2016, p. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *ibid.* p. 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RFDA* 2016, p. 740, concl. A. BRETONNEAU ; *ibid.* p. 754, note P. DELVOLVÉ ; *RTD civ.* 2016, p. 578, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* p. 600, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 802, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* p. 834, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 935, obs. REGINE ; *ibid.* p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *RTD eur.* 2017, p. 319, obs. D. RITLENG.

contrôle, dont les liens avec l'équité¹, la résurgence des arrêts de règlement et la menace d'un gouvernement des juges² posaient question ; et, d'autre part, à ceux qui y voyaient une véritable opportunité pour le système français³, Cour de cassation en tête.

II. La question de l'évaluation du contrôle construit par le juge judiciaire

6. Telle est bien en effet la question posée. La complexité du système, jointe à la virulence des oppositions au contrôle du juge judiciaire, et à la cohérence des arguments avancés tant par ceux qui le défendent ardemment que par ceux qui le fustigent⁴ amènent à se poser la question de l'évaluation de ce contrôle et ce dans une perspective globale, c'est-à-dire tant au regard du contrôle pratiqué par les autres juridictions et des interactions entre ces différents contrôles qu'au regard de son incidence sur le système juridique français. S'ajoute à cette interrogation, celle du maintien du contrôle, et le cas échéant plus particulièrement la question de savoir s'il faut le conserver en l'état ou y apporter certains amendements.

7. Toutefois, le propos peut paraître bien ambitieux, et la complexité du sujet nous conduit à faire preuve d'une certaine humilité. Il nous faut ainsi exposer la démarche qui a été adoptée pour construire ce travail doctoral.

8. **Démarche adoptée dans la thèse.** La pluralité des interconnexions des contrôles de la loi et leurs conséquences sur le système juridique français en complexifient considérablement l'étude. Il est donc nécessaire, à plusieurs titres, d'émettre un certain nombre de réserves. Premièrement, il convient de mettre en lumière un premier obstacle d'ordre organique : l'appréhension d'un tel sujet doit conduire le chercheur à de considérables efforts de malléabilité, en vue de tenter de déterminer une catégorisation qui puisse s'adapter à chacun

¹ V. not., F. CHÉNEDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p.179 ; « Contre révolution tranquille à la Cour de Cassation », *D.* 2016, p.796.

² V. P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p.55 ; F. ROUVIÈRE, « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD civ.* 2022, p.504.

³ V., pour les plus emblématiques, Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p.2061 ; 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 ; H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014, p.153.

⁴ Pour une illustration de la vivacité des débats, V. not. J.-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2014, p.307 ; *contra*, F. CHÉNEDÉ, « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *RTD civ.* 2014, p.829.

des domaines concernés, qui imposent une vision transversale¹. Une telle approche ne sera toutefois pas un obstacle au traitement de l'ensemble des questions précitées et à la formulation de propositions, y compris dans des matières qui ne sont pas le cœur de la compétence initiale de l'auteur – dont la formation en droit privé justifie le traitement du sujet du « point de vue » du juge judiciaire – qui constitueront à ce titre des pistes de réflexion. Sur ce plan, la recherche se cantonne toutefois aux décisions de la Cour de cassation, du fait de son rôle privilégié dans le contrôle de la loi et de l'accessibilité limitée des décisions des juges du fond. Le sujet aurait en effet pu être restreint au contrôle « par la Cour de cassation », mais l'étude n'y est pas cantonnée : le parti est pris de considérer que le contrôle qu'exerce la Cour de cassation se « diffuse » dans les décisions des juges du fond. Cela justifie de placer la focale du recensement des décisions de l'organe émetteur, tout en prenant en considération le rôle des organes récepteurs². Deuxièmement, malgré l'orientation choisie, l'empirisme du contrôle de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux contenus dans les traités est un frein non négligeable à la systématisation. En effet, la recherche portera sur un ensemble de décisions rendues depuis 1975³. L'absence de traitement procédural spécifique des questions relatives au contrôle de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux d'origine conventionnelle a impliqué la lecture et le tri de plusieurs centaines de décisions – qui ne pouvaient qu'être lues une par une – en vue d'identifier de grandes tendances et de proposer une dichotomie à même de s'appliquer à l'ensemble des contrôles de la loi, quelle que soit la juridiction concernée et la source de droits fondamentaux. Troisièmement, enfin, la masse conséquente de décisions décelées a impliqué pour l'auteur un certain nombre de choix dans leur catégorisation ou leur

¹ En effet, les contrôles de la loi concernent toutes les matières de droit privé, de droit public, de droit constitutionnel, de droit européen des droits de l'homme, de droit de l'Union européenne, d'histoire du droit, de philosophie du droit, voire même de philosophie dans la mesure où certains concepts juridiques y puisent leur source.

² Cela n'est toutefois bien évidemment pas un obstacle à leur citation, qui demeurera, pour ces raisons, ponctuelle et illustrative.

³ La plupart des contributions consacrées à l'étude de la jurisprudence, dès la fin du règne de l'exégèse, procèdent d'ailleurs d'une telle philosophie : il s'agit d'étudier un ensemble de décisions pour tenter d'en dégager une règle, une tendance, une systématisation. Si bien que, le plus souvent, il est nécessaire d'exposer préalablement les méthodes de recherches qui ont permis de déceler les décisions citées. Les ouvrages qui concernent assez largement les droits de l'homme sont profondément irrigués par une telle méthode, ainsi que la plupart des contributions sur le sujet. Pour les plus emblématiques, V. F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doctr. 289, p.502 ; P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préface Frédéric SUDRE, PUAM, 2005 ; Th. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, L.G.D.J., 2021, où l'auteur explique sa méthode de recherche, plutôt proche de celle de la présente étude, p.512. La professeure DEUMIER l'explique et la détaille d'ailleurs très souvent, en mentionnant les mots-clefs utilisés, V., parmi d'autres, P. DEUMIER, « Conventionnalité et constitutionnalité devant les juges du fond » in P. GAÏA, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'Institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.55.

citation. Toute exhaustivité est par conséquent exclue : la construction de statistiques précises, sur une période aussi longue¹, nous apparaît ainsi illusoire. Il s'agit plutôt d'identifier les grandes tendances qui irriguent le contrôle du juge judiciaire, pour mieux apprécier leur intégration au regard du paysage juridictionnel et du système juridique français. Ces diverses observations ont rendu nécessaire la détermination d'une distinction qui puisse être une clef de lecture unique et englobante qui permettrait de couvrir l'ensemble des enjeux relatifs à l'évolution des contrôles de la loi.

III. La détermination d'une dichotomie opératoire générale des contrôles de la loi

9. La réponse aux problématiques du double contrôle de la loi par la proposition d'une définition. Cela a été évoqué, la seule admission du contrôle de la loi par le juge judiciaire, quelle que soit sa nature, était déjà une évolution majeure en droit français s'agissant du rôle du juge : il est désormais tout autant la bouche de la loi qui suit scrupuleusement ses partitions qu'une oreille attentive qui en critique les fausses notes. Or, une telle hybridation n'a été accompagnée d'aucune directive de la part de son principal compositeur, à savoir le législateur. Le contrôle de la compatibilité de la loi aux droits fondamentaux forme ainsi un orchestre hétéroclite de musiciens dont les méthodes d'apprentissage et le langage musical diffèrent. Les risques de produire une cacophonie plutôt qu'une harmonieuse mélodie semblent de ce fait assez élevés. L'analyse des ressorts de l'intégration du contrôle du juge judiciaire dans le paysage juridictionnel et dans le système juridique français nécessite par conséquent, avant tout, de trouver une clef de lecture commune susceptible de s'appliquer à chaque contrôle. Là réside tout l'enjeu de la détermination d'une grille d'analyse fiable. Cette dernière demeure un préalable obligatoire qui permettrait de répondre à la problématique consistant à se demander si le double contrôle de la loi, tel qu'il a été récemment dédoublé par le juge judiciaire, s'est correctement intégré tant dans le paysage juridictionnel que dans le système juridique français. De la réponse à ce questionnement dépendra la cohérence du système français de protection des droits fondamentaux.

¹ L'idée de construire des statistiques sur des périodes plus courtes a été écartée pour plusieurs raisons. D'abord, la marge d'erreur est certes réduite, mais elle demeure. En effet, si une certaine systématisation des termes utilisés a pu être identifiée, elle ne suffit pas à recenser la totalité des décisions : la construction d'un pourcentage est ainsi nécessairement biaisée. Ensuite, ont été observées, années après années, certaines variations parfois assez conséquentes : isoler une année plutôt qu'une autre pourrait ainsi fausser en partie le raisonnement. Enfin, cela n'aurait pas permis de véritablement rendre compte des évolutions relatives au contrôle de la loi, si bien qu'une telle approche a été écartée.

Il est évident qu'un très grand nombre de questionnements découle de cette problématique générale, au regard des deux grands enjeux qu'elle recouvre. Sur le plan inter-juridictionnel, les différents juges pratiquent-ils des contrôles similaires ? Dans l'affirmative, ces derniers constituent-ils des doublons qui justifieraient l'abandon de certains d'entre eux, ou peuvent-ils tout de même être complémentaires ? Dans la négative, les contrôles pratiqués sont-ils incompatibles et produisent-ils des dissonances d'appréciations, ou peuvent-ils s'articuler de manière équilibrée ? Sur le plan de l'intégration du double contrôle de la loi dans le système juridique français, cette dernière est-elle réellement mise à mal, ou est-elle au contraire renforcée ? Le double contrôle pratiqué implique-t-il réellement une prise de pouvoir illégitime du juge judiciaire, ou conduit-il au contraire à intégrer harmonieusement des logiques démocratiques étrangères ? Les contrôles exercés par le juge judiciaire sont-ils tous deux similairement la traduction d'une résurgence du jugement en équité qui serait déstabilisante ? Les méthodes de contrôles pratiquées sont-elles compatibles avec le rôle de la Cour de cassation ? À quel point cette dernière devrait-elle évoluer pour les intégrer, sans dénaturer sa fonction historique ?

La présente thèse a vocation à répondre à l'ensemble de ces questionnements, sur ces deux plans, et à déterminer les outils qui permettraient de renforcer les avantages constatés, tout en tentant de diminuer l'impact des instabilités qu'engendre le double contrôle de la loi. Pour ce faire, il est indispensable de s'accorder sur les définitions à donner à chacune de ces composantes.

10. Le choix doctrinal d'une dualité entre « contrôle concret » et « contrôle abstrait ». La plupart des contributions consacrées à l'étude du contrôle de la loi par le juge judiciaire se concentrent sur la dichotomie entre le « contrôle abstrait », et le « contrôle concret »¹, confortée certes depuis un peu plus d'une dizaine d'années, mais dont les origines

¹ V. par exemple, sans exhaustivité, M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF* 2019, chron. n°4 ; D. BOTTEGHI, A. LALLET, « De l'art fausement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *CE*, 10/11/2010, n°314449, *AJDA* 2010, p.2416 ; F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142 ; P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016, p.578 ; L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA* 2016, p.1398 ; D. FALLON, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », Congrès AFDC, Lille, 2017 ; J. GARRIGUE, « Nouveau plaidoyer pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière de filiation », in A. GOUÉZEL, J.-R. BINET (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.43 ; M. GUYOMAR « Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.323 ; A. LASSALE, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *RDLF* 2018, chron. n°18 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionnalité », *RDLF* 2018,

sont plus datées. Une telle approche lie, dans ce cas, tant les caractères que l'objet et les effets du contrôle. La Professeure DEUMIER définit par exemple le double contrôle de la loi de la manière suivante, que nous trouvons être la plus éloquente : « *ce contrôle peut s'exercer selon deux modalités : le contrôle abstrait confronte le contenu du texte de la loi aux normes supérieures : en cas de contrariété, la loi n'est plus applicable à aucune situation ; le contrôle concret confronte l'application de cette loi dans des circonstances particulières : en cas de contrariété, la loi n'est pas applicable à cette situation mais demeure potentiellement applicable à d'autres cas* »¹. Une telle définition se comprend aisément lorsqu'elle est confrontée au contrôle de la loi tel qu'il est pratiqué par le juge judiciaire dans l'arrêt du 4 décembre 2013 précité, et s'applique d'ailleurs tout autant au contrôle qui a été mentionné dans la décision *Gonzalez Gomez* du Conseil d'État. Elle présente l'avantage d'être singulièrement pédagogique, et de décrire fidèlement les deux plus grands aspects des contrôles de la loi, desquels nous ne nous écartons d'ailleurs pas. Toutefois, elle n'est pas exempte de carences, qui nous ont conduit à en relativiser l'apport.

11. Les difficultés posées par une dichotomie « abstrait » et « concret » liée à l'objet et aux effets du contrôle. Les limites d'une telle distinction se retrouvent à double titre, tant du point de vue de sa confrontation sur un plan inter-juridictionnel que sur le plan de l'analyse de l'intégration du double contrôle dans le système français². Dans le premier cas, il apparaît non seulement que le contrôle du juge judiciaire puisse prendre en considération certaines circonstances factuelles, alors que les effets du contrôle sont pourtant empreints d'une généralité qui le rapprocherait plutôt des effets d'un contrôle abstrait, dans la mesure où le résultat du contrôle a vocation à dépasser la seule affaire en cause. Il en est de même pour la Cour européenne des droits de l'homme qui, submergée par un nombre croissant de recours, a progressivement élargi les effets de ses décisions, leur donnant ainsi davantage les effets d'un

chron. n°25 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G.* 2017, n° 3, p.46 ; M.-C. de MONTECLER, « Un contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D. actu.* 02/06/2016 ; J. PREVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA* 2017, p.855 ; E. RUBI-CAVAGNA, « Décrochage de portraits du président de la République – Leçon aux cours d'appel sur le contrôle concret de conventionnalité », *RSC* 2022, p.445.

¹ V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., 6^{ème} édition, 2021, p.106, §105. V. aussi, de la même auteure, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *préc.* De très nombreuses contributions, pour la plupart précitées, se conforment à une telle définition.

² Pour une bonne synthèse du mouvement de concrétisation des contrôles de la loi, un article fondamental doit être mentionné, V. J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017, p.821.

contrôle abstrait, alors même que la prise en compte des faits rend son contrôle plutôt concret. S'agissant du contrôle du Conseil constitutionnel, s'il a certes été consacré en tant que contrôle abstrait, il prend parfois en considération un certain nombre de circonstances factuelles tout en conservant les effets généraux qui sont pourtant liés au contrôle abstrait¹. Un constat similaire peut d'ailleurs être effectué s'agissant du contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne². Dans le second cas, s'agissant de l'intégration du double contrôle de la loi dans le système français et de ses liens avec l'équité, il est possible de constater que le point d'ancrage de la distinction n'est pas tant lié au caractère du contrôle mais plutôt à ses effets sur la norme, si bien qu'une définition liant systématiquement ces deux aspects serait un élément perturbateur de l'analyse. Ces différentes carences, trop nombreuses pour permettre de répondre fidèlement à la problématique générale de l'intégration du double contrôle, nous ont conduit à émettre l'hypothèse qu'il était probablement nécessaire de s'en défaire partiellement.

12. La substitution de la dichotomie : le choix du contrôle de la compatibilité « du contenu » et « de l'application » de la loi. Très simplement, le contrôle du contenu de la loi porterait donc sur la « loi elle-même »³, et conduirait soit à son exclusion, soit à sa validation, sans qu'il n'y ait de cantonnement à l'espèce⁴. En revanche, le contrôle de l'application supposerait de contrôler non plus la loi, mais les conséquences de son application dans le litige en question, au regard des circonstances de l'espèce. La norme serait dans ce dernier cas écartée seulement au bénéfice du justiciable qui le sollicite, dans la seule affaire en cause, son contenu

¹ V. par exemple, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/1, n°38, p.211. Monsieur LARROUTUROU estime d'ailleurs que la distinction « contrôle abstrait » et « contrôle concret » est une dichotomie qui « n'est toutefois pas celle qui permet de distinguer le plus finement le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel et celui que sont susceptibles d'exercer les juridictions ordinaires du fait de leur connaissance intime du litige », *V. op. cit.*, p.477, §705.

² V. not., L. COUTRON, « Contrôle abstrait/contrôle concret : l'impossible systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au contrôle des actes des États membres », *RDLF* 2019, chron. n°03.

³ Nous le verrons, l'expression est utilisée dans de nombreuses décisions. Elle est d'ailleurs explicitement mentionnée au sein du *memento* diffusé par la Cour de cassation, le premier des développements étant consacré à la distinction entre « le contrôle de conventionnalité de la règle de droit elle-même » et « le contrôle de conventionnalité de l'application de la règle » (V. le *memento* du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2018, site internet de la Cour de cassation, sommaire p.4). L'évolution terminologique est d'ailleurs notable, en comparaison avec le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation rendu l'année précédente, qui distinguait, au sein du paragraphe consacré au contrôle de conventionnalité, le contrôle « *in abstracto* » du contrôle « *in concreto* » (V. p.159).

⁴ Ou du moins, le cantonnement demeure théorique, du fait de l'autorité de la décision, qui dépasse le seul cadre du litige.

ayant été supposément validé préalablement¹. La dichotomie « contrôle du contenu de la loi » et « contrôle de l'application de la loi » pourrait certes impliquer une redondance, le premier terme pouvant être condensé en « contrôle de la loi ». Nous avons toutefois opté pour une telle opposition, dans la mesure où elle illustre davantage la dualité dont il est question, ce qui présente un intérêt pédagogique non négligeable que la redondance n'a pas suffi à occulter. En effet, prise isolément, l'expression « contrôle de la compatibilité de la loi » pourrait avoir une dimension englobante, la dualité n'étant explicitée que par sa juxtaposition à ce dernier terme². Une telle distinction permettrait de retirer les avantages pédagogiques de celle dont nous avons précédemment relativisé les apports, tout en évitant d'en reprendre les carences. D'autant qu'elle pourrait ensuite être combinée avec le caractère concret ou abstrait du contrôle, pour permettre une analyse la plus fine possible des différents contrôles de la loi, qui prendrait en considération tous leurs aspects.

13. La combinaison avec une définition restreinte des contrôles « abstrait » et « concret ». La plupart des écrits relatifs à la distinction « abstrait » et « concret » émettent la réserve qu'un contrôle abstrait revête parfois une dimension concrète, si bien qu'un contrôle ne puisse pas nécessairement être pleinement concret ou abstrait, probablement parce que l'approche est trop englobante : elle lie caractères, objet et effets des contrôles, ce qui a une vertu pédagogique certaine mais qui peut engendrer certaines difficultés lorsque l'étude porte sur les contrôles de plusieurs juges. Cette réserve pourrait ainsi être contournée par la combinaison des deux dichotomies, l'une fondée exclusivement sur l'objet et les effets du contrôle, l'autre seulement sur les caractères du contrôle. Cela supposerait ainsi d'adopter une définition beaucoup plus restrictive des termes « abstrait » et « concret ». Le premier se contenterait de renvoyer à l'idée de généralisation³, de systématisation, et le second à celui de factuel et préhensible⁴. Ces définitions renverraient donc à l'essence des termes ou à leur sens

¹ Une telle définition pouvait correspondre au contrôle « abstrait » et « concret ». Toutefois, il est apparu que selon les matières, les deux termes pouvaient être polysémiques et ne pas nécessairement renvoyer au même objet et aux mêmes effets. On optera donc pour leur définition la plus restrictive, à savoir celle cantonnée aux caractères de généralité ou d'appréciation factuelle.

² Un sujet intitulé « Le contrôle de la compatibilité de la loi et de son application » laisse certes explicitement transparaître la dualité. Mais lorsqu'il s'agit de ne mentionner que « le contrôle de la compatibilité de la loi », voire « les contrôles de la compatibilité de la loi » de différents juges, le terme peut avoir une dimension qui inclut tant le contrôle du contenu de la loi, ou de la loi « elle-même », que de son application.

³ Le centre national des ressources textuelles et lexicales (CNRTL) en fait un qualificatif « qui a un haut degré de généralité ». Le verbe abstraire signifiait « isoler mentalement un élément, un caractère d'un ensemble afin de le considérer à part » (Larousse), renvoyant au latin *abstrahere* qui signifie arracher.

⁴ Ou selon le CNRTL « *qui se rapporte à la réalité considérée dans sa totalité* », ou, plus explicitement, « *qui est directement perceptible par les sens, qui est en prise directe avec la réalité, qui est en rapport étroit avec l'expérience* », ou mieux « *qui ne s'écarte pas des faits réels, des données de l'expérience* » (Larousse).

commun, ce qui impliquerait d'apprécier le contrôle au regard de ses seuls caractères et de le dissocier de son objet et de ses effets. Un contrôle abstrait ne serait donc dans cette mesure qu'un contrôle qui ne prend pas en considération les circonstances factuelles¹, et serait détaché des données du litige, contrairement au contrôle concret qui impliquerait de les prendre pleinement en considération.

La combinaison des deux dichotomies pourrait ainsi conduire à identifier trois formes de contrôles : un contrôle de l'application de la loi, toujours concret ; un contrôle du contenu de la loi, le plus souvent abstrait ; et un contrôle du contenu de la loi, parfois concret². De surcroît, le contrôle « abstrait » du contenu et le contrôle « concret » de l'application pourraient se cumuler, dans la mesure où leurs caractères, leur objet et leurs effets diffèrent : ils peuvent donc être complémentaires, tant lorsqu'ils sont exercés au sein d'une même décision³, comme c'est le cas dans les arrêts emblématiques précités, que lorsqu'ils sont rendus par des juges différents⁴. Bien évidemment, chacune des composantes de ces contrôles comporte de multiples figures qui feront l'objet d'une identification approfondie⁵.

La dichotomie « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » de la loi, par sa combinaison avec son caractère concret et abstrait, a ainsi pour vertu de couvrir les multiples dimensions des contrôles de la loi, permettant de les confronter plus fidèlement et de mieux répondre aux problématiques précédemment posées. Le cumul de ces dichotomies nous a permis d'adopter une grille de lecture générale de l'intégration du contrôle de la loi par le juge judiciaire à la fois au sein du paysage juridictionnel et au sein du système juridique français. Il s'agit désormais d'en exposer les différents ressorts à l'aune de cette distinction. Ces derniers nous permettent de soutenir que le contrôle du contenu et de l'application de la loi est un réel atout pour le système juridique français.

¹ Il est d'ailleurs défini par opposition au concret : « *qui est général, impersonnel, indépendant de la situation concrète* » (V. S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017), ou encore « *général, objectif, inhérent à un type de concept ou de relation, par opposition à concret* » (V. G. CORNU, *op. cit.*).

² Que peuvent pratiquer les cinq Cours suprêmes, à ceci près que la Cour européenne des droits de l'homme n'exercerait qu'un contrôle indirect du contenu. L'identification de cette forme de contrôle est d'ailleurs récente dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne.

³ C'est particulièrement le cas pour les juges administratifs et judiciaires, qui pratiquent tant un contrôle du contenu que de l'application de la loi, comme c'est le cas dans la décision *Gonzalez-Gomez* du Conseil d'État précitée, et dans d'autres arrêts du juge judiciaire que nous mentionnerons. Le plus souvent, il s'agit effectivement d'un contrôle abstrait du contenu du texte, cumulé au contrôle concret de son application, qui a pu dans cette mesure justifier une définition confondant caractères, objet et effets des contrôles.

⁴ Lorsque le contrôle du juge judiciaire est notamment confronté à celui du Conseil constitutionnel et à celui de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁵ La question est particulièrement bien traitée par le Professeur DUPRÉ DE BOULOIS, qui estime que « *l'articulation entre la loi et la CEDH dans les jurisprudences respectives du juge administratif et du juge judiciaire, se décline sur des modes divers et parfois subtils, que ne résume pas cette alternative binaire* », V. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n°08

IV. Le contrôle du contenu et de l'application de la loi : un atout pour le système juridique français

14. L'analyse de la multiplicité des contrôles de la loi et de leurs interactions mutuelles, effectuée sous le prisme des dichotomies susmentionnées, nous a conduit à formuler l'hypothèse de l'opportunité du contrôle de la loi tel que le juge judiciaire l'a construit, tant au regard de son intégration dans la construction générale et inter-juridictionnelle qu'au regard du système juridique français. Cependant, il convient de mentionner préalablement que l'évolution des contrôles de la loi est tumultueuse : leur concurrence est un facteur essentiel de leurs mutations mutuelles et a pu conduire à des frictions très profondes. Ces dernières ont porté, et porteront probablement encore à l'avenir, atteinte à la cohérence générale du système français de protection des droits fondamentaux. La recherche d'un équilibre entre les contrôles de la loi est donc dépendante non seulement de la bonne volonté de ses acteurs, mais aussi du législateur et du constituant qui peuvent avoir une influence prégnante sur l'harmonie générale du système¹. Il nous faut donc demeurer prudents, et les propositions formulées dans l'étude auront vocation à prendre en considération ces difficiles conciliations.

15. L'équilibre surprenant des contrôles inter-juridictionnels de la loi. La confrontation du contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application de la loi par le juge judiciaire avec celui de ses homologues nous conduit à penser que, malgré la grande complexité du système, un certain équilibre a été atteint. Bien évidemment, certains points de frictions et des risques de perturbations ont été identifiés. Toutefois, ils ne nous sont apparus qu'assez marginaux, et ont simplement stimulé la formulation de propositions visant à les atténuer, à prévenir d'autres atteintes à la cohérence du système de protection, et enfin à conforter l'équilibre existant. La voie privilégiée est bien évidemment liée à la question du dialogue des juges. Cette question a déjà été, à juste titre, abondamment traitée, et sa pertinence mise à

¹ Ainsi, à propos des interactions entre contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité, Monsieur LARROUTUROU souligne très justement que « *de toute évidence, l'étude des rapports entre QPC et contrôle de conventionnalité révèle parfois des conflits, des oppositions, des lignes de fracture, tout comme elle peut au contraire dévoiler la concorde, l'harmonie, l'émulation. Aucune de ces facettes ne doit être occultée dans une étude qui prétend embrasser les de manière exhaustive les interactions entre contrôles de la loi* », V. Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, p.35, §39.

l'épreuve¹. Toutefois, on ne saurait ignorer que les outils formels de dialogue se multiplient², et ont vocation à assurer la cohérence et la stabilité des contrôles de la loi. Une telle voie devrait donc être valorisée, et justifie en partie la proposition d'évolution législative qui sera formulée à l'issue du travail de thèse. Elle permet aussi d'entériner l'intégration du double contrôle du juge judiciaire au sein du système juridique français, et de son hybridation profitable.

16. La mutation profitable du système juridique français. Il est évident que l'importation de logiques étrangères, et particulièrement de pays de *common law*, pourrait laisser craindre, de prime abord, un désordre important, voire laisser penser que leur conciliation avec le droit français serait inenvisageable. Au contraire, l'étude de l'impact du contrôle de la compatibilité tant du contenu que de l'application de la loi qu'exerce le juge judiciaire au regard des droits fondamentaux nous semble pouvoir s'y intégrer harmonieusement. Le système français a donc progressivement muté, notamment sous l'influence des méthodes de la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, là encore, de très nombreux points de frictions sont identifiables, et nous ont conduit à encourager des changements de méthodes un peu plus radicaux. Pour autant, tous s'inscrivent pleinement dans les réflexions menées par la Cour de cassation sur le sujet. La démonstration se voudra donc rassurante, même si les risques d'instabilité que cause notamment le contrôle de proportionnalité³, plus particulièrement lorsqu'il est mobilisé dans le cadre du contrôle de

¹ L'expression a été notamment popularisée sous l'influence du président GENEVOIS, qui a été d'ailleurs été honoré par des mélanges qui en reprennent l'intitulé, V. *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009. V. aussi, S. STELZIG-CARON, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, 2011, thèse dactylographiée, version numérique disponible sur HAL ; et, pour une synthèse intéressante de ses enjeux, G. MARTI, « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges », *Rev. dt. de l'UE* 2015, p.638. À noter que la notion peut susciter certaines remises en question, V. notamment un intéressant colloque transversal, F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.143V. J.-Ph. DEROSIER, « Le dialogue des juges : de l'inexistence d'un concept pourtant éprouvé », in S. MENÉTREY, B. HESS (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, actes de colloque organisé par l'Institut Marx Planck et l'Université de Luxembourg, Larcier, 2014, p.51 ; B. BONNET, « Le dialogue des juges, un non-concept... », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.81.

² Une telle multiplication a d'ailleurs été bien identifiée par Monsieur CASU dans son travail doctoral (V. G. CASU, *op. cit.*, p.4). Nous adhérons à la thèse de l'auteur selon laquelle la multiplication des mécanismes de dialogues inter-juridictionnels découle d'une évolution des outils d'unification de l'interprétation. Il souligne très justement que « l'unification de l'interprétation ne peut plus emprunter la voie de la contrainte, elle implique un retour à l'argument d'autorité. L'interprétation ne peut plus s'imposer en raison de la puissance, mais doit au contraire s'imposer par la puissance de la raison (*ibid.*, p.11). [...] Le développement de l'interprétation préjudicielle n'est donc qu'une réaction des systèmes de droit romano-germanique aux mutations qui touchent les sources du droit depuis le milieu du XXème siècle (*ibid.*, p.14) ». L'unification proposée dans la thèse précitée a un réel intérêt, du moins au regard des propositions de notre propre travail doctoral, qui s'inscrivent seraient une illustration supplémentaire de la thèse soutenue par l'auteur.

³ Le terme même de « méthode » peut même être sujet à interrogations, V. par exemple, F. ROUVIÈRE, « Existe-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités*, n°24, ENM, décembre 2020, p.35.

l'application de la loi, ont été identifiés. Nous avons pris le parti de considérer que ces risques peuvent être relativisés, tout en proposant un certain nombre de gardes fous inspirés tant de l'évolution historique du rôle du juge judiciaire que des outils développés dans les pays de *common law*¹. Nous adhérons ainsi pleinement à l'idée selon laquelle le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité du contenu et de l'application de la loi avec les droits fondamentaux est un atout pour le système juridique français, qui garantit son caractère démocratique² et qui constitue un outil de modération³ profitable de la règle de droit.

17. Plan. Ainsi le développement par le juge judiciaire d'un contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application de la loi au regard des droits fondamentaux est-il globalement positif.

D'une part, et nous le montrerons dans un premier temps, parce que l'intégration du double contrôle du juge judiciaire dans le paysage⁴ juridictionnel aboutit à un système globalement équilibré (Partie 1) ; et d'autre part, car ce double contrôle engendre des mutations positives du système juridique français, liées à une évolution du rôle de la Cour de cassation et de ses méthodes, qui restent néanmoins perfectibles (Partie 2). L'ensemble des propositions d'ajustements formulées au fil de la thèse, ainsi que la proposition plus approfondie de la création d'une saisine pour avis en conventionnalité, permettraient de renforcer les avantages

Pour un regard critique, V. F. BOULANGER, « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.* 2016, p.250 ; A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p.137 ; E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.183 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p.70 vérifier. ; F. ROUVIÈRE, « Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2021, p.741 ; « La proportionnalité en quête de mesure », *RTD civ.* 2018, p.257 ; F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142 ; J. HAUSER, « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », *RTD civ.* 2016, p.831.

¹ Le Professeur FULCHIRON souligne ainsi à juste titre que « *l'avenir du contrôle de proportionnalité se joue en grande partie dans l'équilibre entre la mission reconnue aux juges du fond de garantir le respect des droits et libertés individuels, au risque d'interprétations et de pratiques divergentes, et la fonction unificatrice de la Cour de cassation* », V. H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité, question de méthode », *D.* 2017, p.656.

² La thèse du Professeur MUZNY suscite ainsi notre adhésion. Pour la citer, la pratique de la proportionnalité « *est nécessaire dans une société démocratique précisément parce qu'elle a pour but de consacrer le standard de comportement nécessaire conforme au cadre sociétal au sein duquel elle s'inscrit : "un régime politique véritablement démocratique"* », V. P. MUZNY, *op. cit.*, §1, sa conclusion faisant office d'introduction.

³ Sur ce « pouvoir modérateur » du juge, V. J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

⁴ Le mot « système » a été évacué dans la mesure où il se prête peu à l'étude des rapports inter-juridictionnels européens, qui sont pour partie irrigués par des logiques de pays de *common law*. Ces derniers ne peuvent en effet être qualifiés par une approche systémique, d'où le choix du terme « paysage », certes plus imagé, mais juridiquement neutre.

identifiés tout en neutralisant une partie des risques qu'elle génère, et ce sans bouleverser le rôle traditionnel confié à la Cour de cassation.

**PARTIE 1 : L'INTÉGRATION ÉQUILIBRÉE DU
DOUBLE CONTRÔLE DE LA LOI DANS LE PAYSAGE
JURIDICTIONNEL**

18. « C'est un fait que, dans notre environnement, des cours ont élargi le périmètre de l'intervention du juge à un point tel qu'on ne pouvait pas le concevoir dans la tradition légaliste française. Cette tradition consistait pour la Cour de cassation à 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. [...] Le Conseil constitutionnel et la Cour de Strasbourg, dès les années 70, se sont inscrits dans une démarche différente, en rupture avec la tradition légaliste française que j'évoquais. [...] Pour exercer pleinement son office de Cour suprême nationale, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle. Si notre Cour demeure ce qu'elle a toujours été, c'est-à-dire un organe de contrôle légaliste, donc en grande partie formaliste, elle laisse se développer le contrôle de ses propres décisions par des Cours qui ont beaucoup élargi le domaine de réflexion et d'appréciation du juge »¹. Les propos du premier président Louvel illustrent l'inclusion du juge judiciaire au sein d'un tissu juridictionnel complexe marqué par une concurrence accrue des contrôles de la loi. Il estime ainsi que « l'enjeu n'est autre, en effet, que de prendre toute notre part dans la protection des droits fondamentaux en recouvrant notre souveraineté juridictionnelle dans un cadre juridique européen partagé et pleinement assumé à l'échelon national »². Ces profondes réflexions, qui irriguent l'évolution du contrôle de la loi opéré par la Cour de cassation, conduisent à constater une mutation du contrôle qu'elle exerce au regard des droits fondamentaux, mutation dont on aurait pu penser qu'elle perturberait le paysage juridictionnel. Au contraire, il semble que son intégration au sein du paysage juridictionnel soit équilibrée, ce qui se traduit par une complémentarité accrue des différents contrôles de la loi sur le plan européen. Ainsi, le contrôle de l'application de la loi par le juge judiciaire, désormais juxtaposé au contrôle antérieur de son contenu, conduit à une multiplicité de contrôles juridictionnels qui tendent – aussi surprenant que cela puisse paraître – à s'articuler harmonieusement. L'identification de l'objet et des effets des contrôles exercés par chacun des juges européens permet, par leur combinaison avec leurs caractères, de dresser un portrait de la reconfiguration de leurs contrôles respectifs qui semble plutôt encourageant, les facteurs de perturbation semblant relativement marginaux. Les contrôles pratiqués par la Cour européenne des droits de l'homme et du juge administratif portent en effet tant sur le contrôle du contenu des lois que sur celui de leur application. Ce constat implique une identité avec celui qu'exerce désormais

¹ Entretien avec Bertrand LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, *JCP G.* n°43, 19/10/2015, p.1122 ; aussi reproduit sur le site internet de la Cour de cassation.

² B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p.1326.

le juge judiciaire. L'étude de leurs interférences a permis de conclure dans ce cas à l'identification d'un équilibre et d'une cohérence de leur articulation (Titre 1). Au contraire, les contrôles de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel demeurent cantonnés au contenu des lois, ce qui implique cette fois une disparité avec le contrôle du juge judiciaire qui peut aussi contrôler leur application. Ce constat n'est toutefois nullement un frein à une conclusion similaire : l'identité seulement partielle des contrôles permet tout autant d'identifier un certain équilibre (Titre 2).

TITRE 1 – L'équilibre par l'identité totale d'objet et d'effets des contrôles de la loi

19. Le juge judiciaire doit désormais articuler un contrôle de la compatibilité du contenu de la loi avec celui de son application aux droits fondamentaux contenus dans les traités internationaux. Il est ainsi confronté aux contrôles d'autres organes qui pratiquent un contrôle très proche. Doivent dès lors entrer en cohérence de multiples contrôles, dont l'objet et les effets sont similaires, mais qui sont exercés par des juges différents. Deux organes juridictionnels pratiquent un contrôle qui porte tant sur le contenu que sur l'application des lois, et pour lesquels il est donc possible de caractériser une identité des contrôles. Il s'agit de la Cour européenne des droits de l'homme et du juge administratif. S'agissant de la première, il s'agira de montrer que l'utilisation par le juge judiciaire du contrôle du contenu et de l'application des lois permet de conclure à la construction d'un nouvel équilibre entre le juge national et le juge européen (Chapitre 1). S'agissant du second, l'identité des contrôles témoigne de l'articulation cohérente entre les contrôles des juges qui tirent leur compétence de la jurisprudence *IVG* (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'équilibre avec le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme

20. Avant de s'interroger sur l'articulation entre les contrôles du contenu et de l'application des lois exercés par le juge judiciaire et le juge européen, encore faut-il réellement identifier leurs caractères et leur construction en vue de démontrer qu'ils sont identiques. La tâche n'est guère aisée : les nuances entre les contrôles exercés par le juge judiciaire sont nombreuses, et c'est tout autant le cas de celui du juge européen. La distinction opérée entre « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application », nous semble toutefois permettre d'identifier un ordonnancement qui permet d'en mesurer les subtilités, et de constater un certain équilibre. L'étude des mutations réciproques du contrôle de chacun des organes juridictionnels nous montre qu'une réelle identité des contrôles peut être caractérisée (Section 1). Ces mutations et cette identité ainsi constatées nous permettront ensuite de montrer que l'équilibre réside dans la nouvelle répartition des contrôles exercés par la Cour européenne des droits de l'homme et par le juge judiciaire (Section 2).

Section 1 : L'identité des contrôles par leurs mutations réciproques

21. L'étude des évolutions et des décisions du juge judiciaire et de la Cour européenne des droits de l'homme conduisent à un double constat, lorsqu'il s'agit d'identifier le contrôle du contenu et le contrôle de l'application de la loi. S'agissant du juge judiciaire, il apparaît que l'évolution du contrôle a plutôt commencé par le contenu de la loi, pour ensuite conduire au contrôle de son application (I), tandis que le mouvement inverse peut être observé s'agissant du juge européen (II).

I. Un contrôle du juge judiciaire allant du contenu vers l'application

22. Les cas d'absence de contrôle de la loi. Préalablement à l'évocation des différentes figures du contrôle de la loi exercé par le juge judiciaire au regard des droits fondamentaux, il convient de les distinguer des cas qui n'en supposent aucun. En effet, parfois, loi et stipulations conventionnelles voient leur contenu se recouper, dans la mesure où certains droits figurant dans un traité peuvent aussi trouver leur traduction au sein de la loi nationale. Elles peuvent constituer la norme de référence du contrôle d'une mesure individuelle. Deux hypothèses

proches sont envisageables¹. La première suppose que le fondement conventionnel et le fondement légal soient mobilisés simultanément, sans qu'un réel rapport hiérarchique ne soit apparent : la mesure fait donc l'objet d'un contrôle, certes, mais dont la norme de référence est à la fois légale et conventionnelle. Il n'y a donc pas de véritable confrontation entre loi et traité, si bien qu'il ne s'agit pas d'un contrôle de la loi à proprement parler. La seconde hypothèse implique quant à elle que, dans une situation similaire, seule la stipulation conventionnelle fasse l'objet du contrôle, sans que la loi ne soit mobilisée, alors qu'elle contient des garanties équivalentes. L'évocation n'est dans ce cas qu'implicite, si bien que seule la mesure contrôlée fait l'objet du contrôle, et non la loi qui en découle dans la mesure où elle comprend déjà les garanties couvertes par le droit fondamental invoqué. Ces deux cas ne constituent donc ni un contrôle du contenu de la loi, ni celui de leur application, qui n'ont aucunement la même dimension.

23. Lorsque le juge judiciaire s'est saisi du contrôle de la compatibilité de la loi aux droits fondamentaux d'origine conventionnelle, il s'est initialement cantonné au contrôle de son contenu (A). Ce n'est que plus récemment qu'il a davantage développé son contrôle à celui de l'application de la loi (B). Cette approche binaire du contrôle de la loi ne doit toutefois pas dissimuler les différentes formes que ces deux modalités revêtent, qui seront donc identifiées. Le Professeur DUPRÉ DE BOULOIS en déduit à juste titre que la loi « *doit ainsi être comprise comme étant assortie d'une clause de sauvegarde ou de garantie de la CEDH. Cette clause détermine, selon les espèces, l'applicabilité, l'interprétation ou l'application de la loi* »². La construction du contrôle de la loi par le juge judiciaire est par conséquent en partie le fruit de la confusion entre méthode d'interprétation et de contrôle. Elle en complexifie certes l'analyse, mais n'est finalement pas un obstacle à une systématisation.

¹ Ces deux hypothèses ont pu être qualifiées d'« application combinée de la loi et de la CEDH », V. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n°08. L'auteur mentionne d'ailleurs à juste titre que « *la norme législative intégrant elle-même le souci du respect des droits et libertés et du juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, la référence à la CEDH tend à devenir inutile* ».

² Il ajoute d'ailleurs que « *l'articulation entre la loi et la CEDH dans les jurisprudences respectives du juge administratif et du juge judiciaire se décline sur des modes divers et parfois subtils, que ne résume pas cette alternative binaire* », V. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *ibid.*

A/ Un contrôle initialement cantonné au contenu de la loi

24. Méthode de recherche. La construction du contrôle de la loi par le juge judiciaire s'est effectuée de manière empirique, sa référence étant très majoritairement le contrôle exercé par la Cour européenne au regard de la Convention. La recherche a donc d'abord été effectuée au regard de ce seul référentiel. Le problème réside dans les disparités terminologiques qui règnent, tant entre les chambres de la Cour de cassation, qu'au sein de chacune d'elles. Cela implique pour celui qui souhaiterait recenser les décisions dans lesquelles le contrôle est exercé et étudier son objet, ses effets ainsi que la méthode employée, d'user de larges critères de recherche. Aussi, le travail de recherche a-t-il d'abord consisté à examiner les décisions, une par une, rendues entre 1975 et 2000, en vue d'identifier un vocabulaire commun, pour effectuer ensuite une recherche plus fine dans les périodes où le nombre de décisions était beaucoup trop important pour permettre une démarche similaire. Une recherche plus ciblée a donc par la suite pu être effectuée de 2001 à 2010, puis du 1^{er} mars 2010 – date de l'entrée en vigueur de la QPC – à 2022. Il convient de rappeler que l'objectif n'est ici ni d'effectuer une étude statistique, ni de prétendre à un recensement précis de la totalité des décisions rendues dans lesquelles le contrôle du contenu des lois est effectué par la Cour de cassation¹. L'idée est davantage d'identifier de grandes tendances, par une étude terminologique approfondie, tout en ayant une meilleure idée de la répartition quantitative du contrôle et des termes utilisés entre les différentes chambres, qui permettent de mieux illustrer la nature du contrôle. S'agissant du contrôle exercé au regard des droits contenus dans la Convention européenne, une première recherche sur Légifrance avec l'expression exacte « Convention européenne »², seulement entre 1975 et 2000, conduisait à 8 914 résultats, ce qui était inexploitable en l'état³. L'ajout des

¹ C'est pour cette raison qu'il ne sera fait mention d'aucun pourcentage autre que ceux des résultats des recherches sur Légifrance, qui peuvent être appréciés sans dimension subjective.

² Certaines décisions contiennent toutefois le terme « Convention européenne d'extradition » : elles sont cependant très marginales, et ne sont pas de nature à fausser les résultats. En effet, l'option a été choisie de laisser seulement le terme « convention européenne », dans la mesure où toutes les décisions ne mobilisent pas exactement « Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », et où dans certains cas les deux fondements sont invoqués simultanément (une exclusion du terme « Convention européenne d'extradition » aurait donc pu conduire à occulter des décisions qui concernaient aussi un contrôle fondé sur les droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme).

³ Excepté pour l'assemblée plénière, la chambre mixte, et la formation pour avis, pour lesquelles ce seul filtre a été utilisé sur cette période. En effet, il ne conduisait qu'à respectivement 34, 2 et 3 résultats, qui pouvaient ainsi être étudiés aisément un par un, ce qui présentait quoi qu'il en soit un réel intérêt dans ces formations plus solennelles à vocation uniformisatrice. À noter que de 2001 au 1^{er} mars 2010, on note une augmentation de 30% des décisions dans lesquelles la Convention européenne est citée, puis à nouveau de près de 40% à compter du 1^{er} mars 2010, ce qui est considérable.

termes « compatibles »¹ puis « incompatibles »² a permis de réduire l'analyse à près de 400 décisions sur cette période, qui ont pu être examinées. Une fois ce premier travail effectué, il est apparu qu'un contrôle du contenu des lois était exercé dans un peu plus de la moitié d'entre elles³ : des termes plus précis ont pu être « extraits » de ces décisions, qui ont permis d'effectuer une nouvelle recherche plus fine, tant sur cette même période, que sur les périodes suivantes. L'utilisation de certaines expressions permet « à coup sûr » d'identifier un contrôle direct du contenu, parmi les 25 expressions qui ont été identifiées et systématiquement mobilisées dans le cadre de la recherche⁴. Cette méthode présente toutefois certaines lacunes, qui poussent à émettre des réserves quant aux résultats obtenus. En effet, dans certaines décisions, un contrôle du contenu est effectué, sans qu'aucune systématisation terminologique ne puisse être identifiée, dans la mesure où la Cour de cassation, selon les chambres, emploie parfois des termes propres à certaines figures du contrôle, qui ne peuvent être réutilisés dans d'autres décisions, et traduisent le plus souvent un contrôle indirect du contenu de la loi. Pour cette raison, les décisions qui concernent les formations en Assemblée plénière, en chambre mixte et en saisine pour avis n'ont fait l'objet d'aucun autre filtre que celui de « Convention européenne » : moins nombreuses, l'objectif était de n'en occulter aucune, ce qui a permis de déceler des formes de contrôles plus originales, dans des affaires d'ailleurs bien connues. Une telle démarche a tout de même permis de dégager un très large panel de décisions et d'obtenir des données intéressantes.

25. Une fois ce premier travail effectué, la seule lecture des décisions a permis de constater que dans de nombreux cas, plusieurs sources de droits fondamentaux étaient mobilisées simultanément : elles ont ensuite isolément fait chacune l'objet d'une recherche similaire. Dans la mesure où elles sont moins nombreuses, et où nous n'avons noté aucune disparité dans l'objet

¹ De 1975 à 2000, cela conduisait à 205 résultats.

² De 1975 à 2000, cela aboutissait à 474 résultats, après exclusion du terme « compatible », pour éviter les doublons. 417 décisions concernaient la chambre criminelle, seulement 102 étaient publiées au bulletin, et ont fait l'objet d'une analyse, tandis que les décisions des autres chambres n'ont fait l'objet d'aucun filtre.

³ Les autres faisant l'objet de l'exclusion nous avons évoquée plus haut, v. §22.

⁴ Les expressions utilisées, en plus du terme « Convention européenne », étaient ainsi : « compatible » ; « incompatible » ; « pas contraires » ; « qui ne sont pas contraires » ; « sont contraires » ; « non contraires » ; « être contraire » ; « dont les dispositions ne sont pas contraires » ; « est contraire » ; « n'est pas contraire » ; « dont les dispositions ne sont pas incompatibles » ; « loin d'être incompatibles » ; « dont les dispositions sont compatibles » ; « ne sont pas compatibles » ; « n'est pas incompatible » ; « est compatible » ; « répondent aux exigences de » ; « ne répondent pas aux exigences de » ; « n'est pas en contradiction » ; « ne contreviennent pas » ; « ne porte pas atteinte » ; « sans qu'il soit pour autant porté atteinte » ; « s'oppose à l'application de » ; « restriction inadmissible » ; « juste équilibre ». La lecture et le recensement minutieux de chaque décision a permis d'éviter les doublons, dans la mesure où certains recoupements pouvaient évidemment être constatés.

et les effets de contrôle, elles n'ont pas fait l'objet de développements particuliers à ce titre. La seule réserve à émettre est davantage dans le champ fluctuant des droits pris en compte, qui dépend essentiellement de l'effet direct conféré ou non aux dispositions conventionnelles. Cet effet direct, déjà très largement étudié et critiqué – du fait de son manque de lisibilité¹ – est ainsi une variable qui concerne davantage l'étendue des normes de références mobilisées par le juge judiciaire que la nature de son contrôle. Nous en référons ainsi aux études sur le sujet, le travail doctoral consistant à analyser les décisions dans lesquelles une normativité est conférée² aux droits issus d'autres conventions internationales³, dans la mesure où elles peuvent être la norme de référence du contrôle. Le propos sera ainsi essentiellement centré sur les droits issus de la Convention européenne des droits de l'homme, sans que nous nous interdisions d'aller au-delà, d'autant que très souvent, il s'agit de combiner cette dernière avec d'autres sources internationales de droits fondamentaux⁴.

26. L'analyse précise d'une masse importante de décisions nous a conduit à distinguer deux grandes modalités du contrôle du contenu de la loi qu'exerce le juge judiciaire, quelle que soit la source conventionnelle mobilisée. Le contrôle du contenu de la loi peut ainsi directement porter sur la norme elle-même (1), ou n'être au contraire qu'indirect, et passer par d'autres biais qui seront détaillés (2). Quel que soit le cas, l'objet du contrôle demeure la norme elle-même, et ses effets ne sont pas cantonnés à l'affaire en cause : une certaine unicité peut donc nettement être identifiée de ce point de vue, et justifie notre préférence pour une telle catégorisation.

¹ Pour un travail d'ampleur en la matière, nous nous en remettons au travail de thèse de Madame C. LAURENT-BOUTOT, *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, 2006. L'auteure pointe du doigt les tâtonnements de la Cour de cassation face à l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'homme (p.47 et suiv). Pour un exposé des développements relatifs à l'applicabilité directe de la norme conventionnelle, V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 15^{ème} édition, 2021, p.175 et suiv. Cette variabilité est d'ailleurs plutôt bien illustrée s'agissant de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : le site internet du défenseur des droits met d'ailleurs à disposition sur son site internet d'un tableau récapitulatif de son effet direct, dont on constate tant la variabilité temporelle que juridictionnelle dans la mesure où Conseil d'État et Cour de cassation divergent sur ce point.

² Pour des développements sur l'invocabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'homme dépourvus d'effet direct, V. C. LAURENT-BOUTOT, *op. cit.*, p.155 à p.191.

³ Pour un panorama des traités protecteurs des droits de l'Homme, V. C. LAURENT-BOUTOT, *op. cit.*, p.22 et suiv. F. SUDRE, *op. cit.*, p.121 et suiv.

⁴ Les décisions qui concernent les droits fondamentaux issus de l'Union européenne seront toutefois évoqués dans le chapitre relatif à l'équilibre entretenu avec la Cour de justice de l'Union européenne.

27. Classification des décisions. Une seule figure du contrôle direct du contenu a été identifiée. Il nous a semblé intéressant d'adopter une approche essentiellement terminologique pour en rendre compte, dans la mesure où elle permet d'en mesurer à elle seule l'objet et les effets. Les termes employés pouvant être variés, il nous a semblé plus intéressant d'en étudier les traductions chambre par chambre, en vue non seulement d'adopter une approche quantitative, mais aussi d'observer les convergences et divergences terminologiques, au regard des périodes précédemment citées.

28. Contrôle de la chambre criminelle. Quantitativement, la chambre criminelle demeure la formation devant laquelle la Convention européenne des droits de l'homme est la plus largement citée, toutes périodes confondues¹. Entre 1975 et 2000, ce sont près d'une centaine de décisions dans lesquelles a pu clairement être identifié un contrôle direct du contenu des lois dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Le nombre n'a d'ailleurs pas cessé de croître, les expressions utilisées traduisant l'utilisation d'un contrôle du contenu de la norme, dont les effets sont généraux, quelles que soient les époques. Lorsque l'incompatibilité est constatée, le vocabulaire utilisé est évocateur, et illustre bien qu'il s'agit du contrôle direct du contenu de la norme, qui doit être écartée dans tous les cas. La formule « *dès lors, les dispositions [...] de ce texte ne sont pas compatibles avec le principe conventionnel susénoncé* »² montre bien que le contrôle porte effectivement sur la loi, et que le contenu de ses dispositions est in conventionnel. Lorsque la compatibilité est prononcée, les décisions sont tout aussi évocatrices. Plusieurs formules sont utilisées, comme par exemple « *les dispositions du [texte faisant l'objet du contrôle] ne sont pas incompatibles avec les termes de [X] article de la Convention européenne* », ou encore « *les dispositions critiquées satisfont aux exigences de [X] article de la Convention européenne* », voire « *les dispositions [que les textes contiennent] répondent aux exigences de l'article [X] de la Convention* », « *les dispositions [du texte critiqué], loin d'être incompatibles avec les dispositions de la Convention européenne [...]* ». Parfois, il s'agit même de considérer directement que « *l'article [X] de [X] Code n'est pas incompatible* », ou encore « *l'article [X] de [X] loi est compatible* » sans passer

¹ En effet, entre 1975 et 2010, ce sont 83,34% des décisions dans lesquelles la Convention est citée qui le sont devant la chambre criminelle. Puis, 64% entre 2001 et le 1^{er} mars 2010, et enfin 60,22 % à partir de cette date.

² V. par exemple, Crim., 17 juin 1998, n°97-85.801 ; Crim., 6 mai 1997, n°96-83.512. V. aussi 17/09/2008, n°08-80.598 ; 10/02/2009, n°08-83.837 et n°08-82.702 ; 17/06/2009, n°08-86.384.

par le truchement des dispositions qu'il contient. On trouve aussi des expressions dans lesquelles le contenu du texte est analysé, au travers de termes « *les prescriptions* [du texte critiqué] *répondent aux exigences de [X] article de la Convention* », « *le principe* [posé par le texte critiqué] *n'est pas incompatible avec les dispositions de la Convention* », voire « *n'est pas en contradiction avec [X] article de la Convention* » ou bien « *n'est pas contraire* ». La diversité des expressions utilisées¹ illustre de manière systématique qu'il s'agit bien de contrôler directement le contenu du texte, que ce soit au travers de certaines de ses dispositions ou des principes et règles qu'il impose, au regard des droits contenus dans la Convention européenne². L'analyse du vocabulaire, sur les périodes qui suivent, semble montrer que

¹ C'est précisément cette diversité qui constitue un frein à une recherche précise, et qui a conduit à une analyse décision par décision, seule méthode à même d'identifier les différentes formulations utilisées. À noter que le chercheur qui souhaiterait effectuer une recherche par texte de référence sur cette période se heurterait tout autant à des difficultés pratiques du fait de la diversité rédactionnelle. En effet, ne serait-ce que s'agissant de l'article 6 de la Convention, tantôt il est formulé par la simple expression « l'article 6 de la Convention européenne », tantôt par « l'article 6 paragraphe 1 », ou encore « l'article 6§1 », « l'article 6. 1 » avec plus ou moins de précision. Toute recherche doit impliquer de prendre en compte ces diversités rédactionnelles, pourtant au sein de la même chambre, qui sont un réel frein à la lisibilité des décisions et à toute possibilité de systématisation.

² Pour une liste de toutes les décisions – dont les références seront réduites au strict minimum – dans lesquelles c'est le cas, avec la recherche par l'expression « compatible », entre 1975 et 2000 : Crim., 03/07/1980, n°79-94.641 ; 06/12/1989, n°89-86.111 ; 18/05/1994, n°91-84.248 ; 11/07/1994, n°94-82.188 ; 01/02/1995, n°94-81.509 ; 20/12/1995, n°95-84.989 ; 26/06/1996, n°95-85.934 ; 26/02/1997, n°96-84.960 ; 15/01/1998, n°96-85.131 ; 24/09/1998, n°98-83.618 ; 26/11/1998, n°98-80.905 ; 29/06/1999, n°97-84.166 ; 09/11/1999, n°99-85.618 ; 09/02/2000, n°99-83.310 ; 09/02/2000, n°99-80.502 ; 29/02/2000, n°98-87.642 ; 15/03/2000, n°99-85.970 ; 20/06/2000, n°99-85.781 ; 27/06/2000, n°99-84.854 ; 12/09/2000, n°98-88.200, 98-88.202, 98-88.204. Et par l'expression « incompatible » : Crim. 03/06/1975, n°75-90.687 ; 21/01/1985, n°84-93.787 ; 18/02/1985, n°84-95.008 ; 03/07/1985, n°85-92.219 ; 06/03/1986, n°85-96.526 ; 06/03/1986, n°85-94.597 ; 02/12/1986, n°86-95.400 ; 20/10/1987, n°87-84.410 ; 29/03/1989, n°89-80.383 ; 23/05/1989, n°85-91.226 ; 04/01/1990, n°89-85.795 ; 20/02/1990, n°89-86.610, 89-86.611 ; 10/01/1991, n°90-80.354 ; 09/04/1991, n°91-80.614 ; 17/12/1991, n°90-83.534 ; 28/01/1992, n°91-86.119 ; 10/02/1992, n°90-83.278 ; 16/03/1993, n°91-81.819 ; 07/04/1993, n°92-84.725 ; 28/04/1993, n°92-85.443 ; 06/09/1993, n°93-82.861 ; 27/10/1993, n°93-81.570 ; 03/05/1994, n°93-80.911 ; 15/06/1994, n°93-83.847 ; 19/12/1994, 94-80.923 ; 20/12/1994, n°93-80.267 ; 21/03/1995, n°93-81.642 ; 13/06/1995, n°93-82.144 ; 21/06/1995, n°94-84.571 ; 25/07/1995, n°95-82.713 ; 10/01/1996, n°95-83.381 ; 03/04/1996, n°95-83.366 ; 10/04/1996, n°95-84.680 ; 30/04/1996, n°95-82.500 ; 07/05/1996, n°95-85.674 ; 14/05/1996, n°95-83.333 ; 14/05/1996, n°95-84.123 ; 10/07/1996, n°95-85.785 ; 16/10/1996, n°95-81.875 ; 27/11/1996, n°96-80.223, 95-85.118 ; 11/12/1996, n°95-86.009 ; 28/01/1997, n°96-81.388 ; 06/05/1997, n°96-82.328 ; 21/10/1997, n°97-81.099 ; 12/11/1997, n°96-84.325 ; 13/01/1998, n°96-81.478 ; 14/04/1999, n°98-81.113 ; 16/06/1999, n°98-82.881 ; 23/11/1999, n°99-80.794 ; 01/02/2000, n°99-84.764 ; 08/02/2000, n°99-82.118 ; 23/02/2000, n°99-83.928 ; 29/02/2000, n°98-80.518 ; 17/05/2000, n°99-85.132 ; 14/06/2000, n°98-87.894 ; 20/06/2000, n°99-85.780 ; 18/10/2000, n°99-86.289.

Pour une liste de 2000 à 2010, avec l'expression « sont contraires » : 05/08/2004, n°04-82.957 ; 08/09/2004, n°03-86.655 ; 02/02/2005, n°04-86.701 ; 28/11/2007, n°06-82.077 ; 21/05/2008, n°08-80.017 ; avec l'expression « qui ne sont pas contraires » : 27/11/2001, n°01-85.05514/05/2002, n°02-80.721 ; 25/02/2003, n°02-87.745 ; 18/11/2003, n°03-85.050 ; 25/11/2003, n°03-85.076 ; 18/02/2004, n°03-87.234 ; 26/05/2004, n°04-82.795 ; 02/09/2004, n°03-86.981 ; 20/02/2008, n°07-83.458 ; 08/09/2009, n°09-83.941 ; 10/02/2010, n°09-81.690 ; avec l'expression « dont les dispositions ne sont pas contraires » : 23/01/2001, n°00-83.268 ; 07/03/2001, n°00-84.411 ; 24/10/2001, n°01-81.039 ; 24/09/2002, n°02-83.021 ; 11/12/2002, n°01-84.450 ; 03/09/2003, n°03-81.413 ; 04/02/2004, n°02-87.025 ; 29/06/2004, n°03-84.198 ; 14/09/2004, n°03-87.745 ; 26/09/2006, n°05-86.583 ; 09/12/2008, n°08-86.248 ; avec l'expression « n'est pas contraire » : 25/01/2001, n°98-30.407 ; 27/02/2001, n°00-85.474 ; 04/04/2001, n°00-84.465 ; 08/08/2001, n°01-83.790 ; 17/10/2001, n°01-82.352 ; 24/10/2001, n°01-81.039 ; 09/01/2002, n°01-84.693 ; 03/04/2002, n°01-85.701 ; 08/10/2002, n°02-85.149 ; 09/10/2002, n°01-83.947 ; 15/01/2003, n°02-80.955 ; 26/03/2003, n°03-80.180 ; 26/03/2003, n°02-86.070 ; 07/05/2003, n°03-80.946 ; 02/09/2003, n°03-80.880 ; 10/12/2003, n°03-80.203 ; 21/01/2004, n°03-80.328 ; 16/03/2004, n°03-

certaines formulations sont utilisées majoritairement par la chambre criminelle¹, voire ont par la suite été abandonnées². D'autres étaient au contraire initialement utilisées par la chambre criminelle, puis ont été ensuite reprises par d'autres chambres de la Cour de cassation³. Enfin, d'autres sont communes à toutes les chambres⁴, y compris donc à la chambre criminelle. On pourra en faire l'observation s'agissant de la chambre commerciale.

29. Contrôle de la chambre commerciale. Entre 1975 et 2000, s'agissant de la chambre commerciale, plusieurs décisions dans lesquelles un contrôle direct du contenu des lois était effectué qui ont pu être identifiées. À noter que, contrairement à la chambre criminelle, l'expression « compatible » a permis de déceler davantage de résultats que l'expression « incompatible », ce qui tend à montrer une tendance à privilégier le premier terme au détriment du second. Lorsque l'incompatibilité est prononcée⁵, la chambre commerciale a par exemple

82.261 ;04/05/2004, n°03-84.894 ; 23/03/2005, n°04-83.973 ; 13/12/2005, n°04-87.274 ; 04/01/2006, n°05-83.096 ; 11/01/2006, n°05-81.730 ; 20/06/2006, n°05-86.690 ; 10/05/2007, n°06-86.188 ; 21/07/2007, n°06-81.713 ; 21/11/2007, n°07-85.922 ; 21/11/2007, n°07-86.179 ; 07/10/2009, n°09-80.807 ; avec l'expression « dont les dispositions ne sont pas incompatibles » : 26/06/2001, n°01-83.209 ; 21/11/2001, n°01-80.417 ; 22/01/2002, n°01-87.452 ; 13/02/2002, n°01-83.250 ; 03/04/2002, n°01-86.762 ; 04/04/2002, n°01-87.149 ; 09/10/2002, n°02-82.413 ; 12/10/2004, n°04-80.361 ; 02/06/2005, n°05-01.511 ; 02/09/2005, n°05-80.181 ; 11/09/2007, n°06-88.773. Pour quelques exemples d'invocation combinée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, V. Crim., 29/06/1999, n°97.84.166 ; 03/05/1994, n°93-80.911 ; 27/11/1996, n°96-80.223 et n°95-85.118 ; 11/12/1996, n°95-86.009. Dans de plus rares cas, il peut en être le fondement exclusif, V. par ex., 29/11/2000, n°99-84.981. Pour la période de 2010 à 2022, pour toutes les chambres, nous avons opté pour une citation éparse, notamment lorsqu'il sera question d'évoquer les rapports entre juge judiciaire et juge constitutionnel, à l'aune de la QPC, et avec l'Union européenne, à l'aune de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹ Par exemple, dans la plus grande majorité des cas, l'expression « répondent aux exigences de », est utilisée par la chambre criminelle. En effet, entre 1975 et 2000, elle est présente dans 62 arrêts de la chambre criminelle sur les 63 dans lesquelles l'expression figure, puis dans 19 décisions sur 20 entre 2001 et 2010, et enfin 43 décisions sur 49 de 2010 à 2022. Il en est de même pour l'expression « dont les dispositions ne sont pas incompatibles », présente, toutes périodes confondues, dans 49 décisions sur 51. Dans le même ordre d'idée, l'expression, proche, « dont les dispositions ne sont pas contraires », est utilisée dans 24 décisions sur 30, ou encore « ne sont pas compatibles » qui concerne 31 décisions sur 34.

² L'expression « loin d'être incompatibles » n'apparaît ainsi que dans 7 décisions de la chambre criminelle entre 1975 et 2000, et ne figure dans les décisions d'aucune autre chambre, et n'est plus utilisée dans les périodes postérieures. Il en est de même pour l'expression « dont les dispositions sont compatibles », présente dans seulement 2 de ses arrêts sur cette période. Enfin, l'expression « sans qu'il soit pour autant porté atteinte » n'est présente que dans 3 de ses arrêts sur cette période, et n'est ensuite pas réutilisée.

³ C'est le cas de l'expression « n'est pas incompatible », exclusivement utilisée par la chambre criminelle de 1975 à 2000, puis dans 58 arrêts sur 66 de 2001 à 2010, et enfin dans 67 arrêts sur 90 de 2010 à 2022. C'est aussi le cas s'agissant de l'expression « qui ne sont pas contraires », présente dans 28 décisions sur 37. Enfin, c'est aussi le cas de l'expression « n'est pas en contradiction », quasi exclusivement utilisée par la chambre criminelle de 1975 à 2010 (17 décisions sur 19), puis réutilisée par les autres chambres (9 décisions sur 16 de 2010 à 2022).

⁴ C'est le cas de la plupart des termes recherchés, bien évidemment les mots « incompatibles » et « compatibles » sont récurrents, mais c'est aussi le cas d'expressions plus précises comme « est compatible », « pas contraires », ou « sont contraires », « non contraires », « être contraire », « est contraire », « n'est pas contraire », « est compatible », « ne porte pas atteinte » ou encore, plus rarement, « juste équilibre ».

⁵ V., lorsque le mot clef « compatible » est utilisé, Com., 29/04/1997, n°95-20.001 ; 08/07/1997, n°95-21.761 ; 21/10/1997, n°96-10.431 ; 27/01/1998, n°96-10.735 ; 24/02/1998, n°96-15.406 ; 24/03/1998, n°96-15.456 ; 24/03/1998, n°96-16.578 ; 30/06/1998, n°96-19.713 ; 06/10/1998, n°96-17.068, n°96-17.069 et n°96-18.422 ; 17/11/1998, n°96-21.749 ; 23/03/1999, n°97-13.700 et n°97-15.342 ; 04/05/1999, n°97-15.676 ; 01/06/1999, n°97-19.305, n°97-18.245 et n°97-18.246 ; 19/10/1999, n°97-18.943. Lorsque l'expression « incompatible » est

estimé que « *l'application [du texte critiqué] doit être dans cette mesure écartée au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention susvisée* » du fait de l'absence de recours institué. Si, certes, le terme « application » peut laisser penser que la Cour écarte le texte seulement parce que son application à l'espèce est contraire à un droit fondamental, dans la mesure où était sanctionnée l'impossibilité d'exercer un recours en plein juridiction, il apparaît clairement que la sanction concerne son contenu, et ce dans tous les cas dans lesquels la privation d'un tel recours est constatée. Elle a ainsi pu aussi estimer, au sujet du même texte, ce qui confirme qu'il s'agissait bien d'un contrôle de son contenu, qu'il « *n'est incompatible avec l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme que dans la seule mesure où le juge saisi d'un recours à l'encontre de la sanction prise envers un contribuable par l'administration ne peut pas se prononcer sur le principe et le montant de l'amende* ». Lorsque la compatibilité est prononcée¹, les termes employés sont toutefois plus évocateurs, même si dans certains cas la compatibilité n'est pas explicitée². Par exemple, tout comme la chambre criminelle, les expressions « *les dispositions de l'article [X] de la loi [X] ne sont pas incompatibles avec celles de l'article [X] de la Convention européenne* », ou encore « *les dispositions, [...], non contraires à celles de l'article [X] de la Convention* », ou bien « *ces dispositions ne contreviennent pas à celles de l'article [X] de la Convention* » sont fréquemment utilisées. Dans ces cas, il apparaît effectivement que c'est bien le texte en lui-même qui fait l'objet du contrôle. Parfois, une partie du contenu du texte est d'ailleurs aussi directement contrôlée, comme

utilisée, V. Com., 04/05/1999, n°97-11.468 ; 15/06/1999, n°98-10.931 ; 14/12/1999, n°97-20.881 ; 11/01/2000, n°97-20.882 ; 16/05/2000, n°98-12.875 ; 27/06/2000, n°97-22.351 ; 16/11/1999, n°97-18.944 ; 16/11/1999, n°97-19.908 ; 19/12/2000, n°98-17.607 ; 27/06/2000, n°97-22.351. Le grand nombre de références ne doit pas tromper : beaucoup de décisions – mais pas toutes – concernent en effet le même texte, à savoir l'article 1840 N quater du Code général des impôts. L'influence du contrôle de conventionnalité sur la norme sera étudiée au sein de la partie suivante, le présent développement étant consacré essentiellement à la dualité « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application », qui nécessite assez peu d'entrer dans le détail des textes qui font l'objet du contrôle, sauf lorsqu'il est impossible de dégager une expression utilisable dans d'autres décisions.

Pour rappel, afin, d'éviter d'alourdir inutilement les notes de bas de page, nous avons choisi de citer, pour toutes les décisions des autres chambres, seulement les décisions de 1975 à 2000 : les décisions entre 2001 et 2022 seront citées *infra*, dans la mesure où il n'y avait pas de réel changement de vocabulaire et qu'il est plus intéressant de les étudier au regard d'autres aspects.

¹ Avec la recherche filtrée par l'expression « compatible », V. Com., 16/05/1995, n°93-20.748 ; 28/04/1998, n°95-13.626. Avec la recherche de l'expression « incompatible », V. Com., 20/11/1984, n°83-15.391 ; 19/05/1987, n°85-15.624 ; 18/04/1989, n°87-18.757 ; 12/10/1993, n°90-20.679 ; 15/10/1996, n°93-13.844 ; 24/03/1998, n°96-30.100 ; 26/05/1998, n°96-10.582 ; 27/10/1998, n°95-17.495.

² V. par ex., sur la compatibilité implicite 1845 Bis du code général des impôts à l'article 5-1-B de la Convention, Com. 06 mars 1984, n°82-12.616 ; ou sur l'application rétroactive d'une loi nouvelle qui avait pour objet de valider une réglementation antérieure conforme au droit communautaire, non contraire à l'article 6 de la Convention, Com. 25/02/1997, n°94-21.969, 94-14.153, 94-16.999, 94-14.348, 94-17.946, 94-18.312, 94-16.777, 94-17.828, 94-20.783, 94-13.204, 94-13.629 ; 04/03/1997, n°94-17.703, 94-16.530, 94-16.774, 95-10.328 ; 18/03/1997, n°94-13.777, 94-16.171, 94-18.313 ; 01/04/1997, n°94-15.571 ; 01/04/1997, n°95-17.190 ; 01/04/1997, n°94-10.622 ; 29/04/1997, n°94-17.101 ; 29/04/1997, n°95-10.102 ; 27/05/1997, n°94-19.433 ; 27/05/1997, n°94-19.954 ; 24/06/1997, n°95-16.411 ; 24/06/1997, n°94-18.185.

l'illustre une expression du type « *une telle présomption [posée par le texte critiqué] ne porte pas atteinte [aux principes] de [l'article X] de la Convention européenne* ». Contrairement à la chambre criminelle, il ne semble pas que des expressions soient utilisées exclusivement par cette chambre, bien que certaines des formulations qu'elle utilisait initialement aient pu être reprises¹. À noter que, quantitativement, on note une augmentation constante, mais peu significative, de la proportion du nombre de décisions dans lesquelles est citée la Convention européenne devant la chambre commerciale².

30. Contrôle de la chambre sociale. S'agissant de la chambre sociale, en utilisant les mêmes expressions sur la période de 1975 à 2000, beaucoup moins de décisions ont été trouvées. Lorsque l'incompatibilité est prononcée, la Cour estime par exemple que « *l'article [X] de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'oppose à l'application de l'article [X] de la loi [X]* »³. Les décisions de compatibilité, bien plus nombreuses⁴, comportent un vocabulaire proche de celui déjà identifié dans les autres chambres, mais qui n'est pas totalement identique. En effet, on retrouve par exemple : « *les dispositions de l'article [X] du Code du travail [...] ne sont en conséquence pas contraires à l'article [X] de la Convention* », ou encore « *qu'est ainsi instauré [...] un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention* », ou enfin « [le principe restrictif imposé par le texte critiqué est respecté], *sans qu'il ne soit pour autant porté atteinte aux autres principes mentionnés par le demandeur au pourvoi* »⁵. Là encore, la chambre sociale effectue bien un contrôle du contenu des textes, même si le vocabulaire utilisé diffère quelque peu de celui déjà observé sur cette période dans les chambres précitées. La méthode demeure la même et conduit à un résultat similaire. Les décisions sont toutefois de plus en plus nombreuses dans la période allant de 2001 à 2010 et l'augmentation se poursuit aussi de 2010 à 2022⁶. Là encore, on peut

¹ C'est le cas de l'expression « ne contreviennent pas », essentiellement utilisée par la chambre commerciale de 1975 à 2010, puis reprise par la chambre criminelle postérieurement.

² Les décisions de la chambre commerciale dans lesquelles la Convention est citée représentent environ 4,5% des décisions des chambres entre 1975 et 2000, puis 5,30% entre 2001 et 2010, et enfin 6,85% à partir de 2010, jusqu'au 16 juin 2022.

³ Soc., 8 juin 2007, n°99-11.471 ; Soc. 7 décembre 2000, n°99-16.832 (82 arrêts en tout sur ces deux dates).

⁴ Avec le mot clef « compatibilité », V. Soc. 18/01/1989, n°87-45.596 (dans lequel est d'ailleurs aussi invoqué le pacte des droits civils et politiques, en ces articles 14 et 26) ; 18/01/1989, n°87-45.591. Et avec le mot clef « incompatibilité », V. Soc. 18/01/1989, n°87-44.285 ; 18/01/1989, n°87-45.681 ; 05/04/1989, n°87-45.682 ; 25/04/1989, n°88-13.262 ; 13/01/1994, n°91-12.615, 91-12.616, 91-12.617.

⁵ À savoir le principe du procès équitable et de l'égalité des armes de l'article 6 de la Convention européenne, V. Soc., 13 janvier 1994, n°91-12.615, 616, 167.

⁶ Encore une fois, elles seront citées plus en détail en seconde partie, au regard des textes qui ont fait l'objet du contrôle et des effets positifs que cela entraîne sur la norme législative. Nous citerons toutefois un arrêt du 14 avril 2010, n°09-60.426, n°09-60.429, intéressant dans la mesure où il vise cumulativement l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 4 de la Convention n° 98 de l'organisation internationale du travail

noter certaines expressions plutôt utilisées spécifiquement par la chambre sociale, mais marginalement et dans des décisions similaires¹. L'augmentation est toutefois bien plus spectaculaire s'agissant des chambres civiles.

31. Contrôle des chambres civiles. Si la Convention était assez peu citée initialement devant les chambres civiles de la Cour de cassation, on note une augmentation exponentielle dès les années 2000, sans interruption². De 1975 à 2000, la méthode de recherche ciblée sur les termes « compatible » et « incompatible » n'a conduit qu'à assez peu de résultats s'agissant des trois chambres civiles : ces termes sont ainsi moins utilisés. D'autres résultats découlent d'une recherche ciblée par le terme « contraire », si bien qu'il a été nécessaire de diversifier les expressions utilisées pour un recueil de données plus exhaustif sur cette période. Cela témoigne d'une plus grande diversité terminologique, mais aussi d'une activité en matière de contrôle des lois – certes existante – mais considérablement moins forte que celle de la chambre criminelle. Un contrôle du contenu est malgré cela, et sans conteste, directement pratiqué dans plusieurs arrêts, la première chambre civile mentionnant comme vu précédemment : « *les articles [X] du Code [X], dont les dispositions ne sont pas incompatibles avec celles citées de la Convention* »³, ou encore « *les dispositions de l'article [X] de la loi [X] ne sont pas contraires aux articles [X] de la Convention* »⁴. On notera que la première chambre civile impose d'ailleurs explicitement aux juges du fond la pratique d'un contrôle du contenu de la loi. En effet, elle casse un arrêt d'une Cour d'appel, au motif « *qu'il lui appartenait de dire si les dispositions du texte précité sont compatibles avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁵, une telle formulation étant illustrative de l'objet et des effets du contrôle directement exercé sur le contenu de la norme. À propos du « bref délai » de la garantie des vices cachés anciennement imposé par l'article 1648 du Code civil, elle estime, citant préalablement l'article 6.1 de la Convention européenne, que « *cette disposition ne saurait donc constituer une restriction inadmissible au droit d'agir* »⁶. Elle estime parfois aussi directement « *que cette règle [posée par un texte] n'est pas contraire à l'article [X] de la Convention* »⁷. Là encore, la diversité des

(OIT), l'article 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, et enfin l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹ C'est notamment le cas de l'expression « s'oppose à l'application de », précitée.

² En effet, elles représentaient seulement près de 6% des décisions de 1975 à 2000, la proportion étant portée à près de 17% de 2001 à 2010, puis à près de 26% du 1^{er} mars 2010 au 16 juin 2022.

³ Civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, n°98-05.044.

⁴ Civ., 1^{ère}, 1^{er} octobre 1986, n°84-17.090

⁵ Civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n°00-05.026 et n°00-05.030.

⁶ Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-11.982.

⁷ Civ. 1^{ère}, 9 juin 1998, n°95-22.295 et n°95-22.296.

formulations utilisées n'est pas un frein à la caractérisation systématique d'un contrôle direct du contenu des lois. La deuxième chambre civile reprend d'ailleurs une formulation exactement identique¹, et d'autres termes proches tels que « *l'article [X] précité n'était pas incompatible avec les dispositions conventionnelles visées* »², ou encore « *l'article [X] du Code [X], qui n'est pas contraire à la Convention européenne* »³. Elle se fonde aussi sur le contenu des textes, en estimant par exemple que « *le prononcé du divorce pour rupture de la vie commune n'est pas contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne* »⁴. S'agissant de la troisième chambre civile, le constat est similaire. L'utilisation de termes tels que « *ce texte n'est pas contraire aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et au premier protocole additionnel à cette Convention* »⁵, ou bien « *les prescriptions légales qui ne sont pas contraires aux dispositions de l'article [X] de la Convention* »⁶ témoigne encore une fois du contrôle direct de la compatibilité du contenu de la loi aux droits d'origine conventionnelle. Dans certains cas, des formulations liées à la méthode utilisée rend la systématisation du contrôle direct du contenu de la norme plus complexe. Par exemple, elle estime que « *les dispositions [d'un décret] réalisant un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ne sont pas contraires aux dispositions de [la] Convention* »⁷. Un contrôle direct du contenu des lois est donc effectivement utilisé par toutes les chambres civiles de la Cour de cassation. C'est en revanche beaucoup moins le cas s'agissant de la chambre mixte.

32. Contrôle de la chambre mixte. En adoptant le filtre le plus large possible, c'est-à-dire par le seul usage de l'expression « convention européenne » entre 1975 et 2022, seulement

¹ Voire totalement identique, V., s'agissant de l'article 446 du CPC, Civ. 2^{ème}, 17 mai 1993, n°91-18.997, identique aux décisions de la 1^{ère} chambre précitées *supra* du 9 juin 1998.

² Civ. 2^{ème}, 28 septembre 2000, n°98-16.486.

³ Civ. 2^{ème}, 10 octobre 1996, n°96-01.013.

⁴ Civ. 2^{ème}, 25 mars 1987, n°85-12.262 ; 1^{er} février 1989, n°88-10.345 ; 13 février 1991, n°89-19.900. Dans le même ordre d'idées, mais s'agissant de l'adhésion et des cotisations obligatoires au sein d'ordres professionnels, V. Civ. 1^{ère}, 26/04/1983, n°82-11.541 ; 29/02/1984, n°83-10.203 ; 16/01/1985, n°83-14.070 ; 04/06/1985, n°84-13.436, 30/10/1985, n°84-15.184 ; 22/04/1992, n°90-17.122. À noter que ces décisions sont aussi fondée sur l'article 18 du Pacte des droits civils et politiques.

⁵ Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1991, n°89-70.384 ; Civ. 3^{ème}, 24 février 1993, n°91-70.062. V. aussi, pour une formulation proche, Civ. 3^{ème}, 27 février 1991, n°89-18.729.

⁶ Civ. 3^{ème}, 8 juillet 1992, n°91-70.162 ; Civ. 3^{ème}, 19 juin 1966, n°94-70.323 ; Civ. 3^{ème}, 14 décembre 1999, n°98-70.196. Pour d'autres exemples, s'agissant de la compatibilité de l'usucapion trentenaire, Civ. 3^{ème}, 16 novembre 1994, n°92-21.688 ; ou encore de la compatibilité des dispositions de la loi du 10 juillet 1964 relatives à l'adhésion obligatoire d'un propriétaire de fonds à une association communale de chasse agréée, Civ. 3^{ème}, 16 mars 1994, n°91-16.513 ; Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1996, n°94-14.769. À noter que cette dernière question a ensuite fait l'objet d'une appréciation par la Cour européenne dans l'affaire *Chassagnou et autres c/ France*, qui attirera plus précisément notre attention *infra*, V. par exemple §252 s'agissant de l'évolution de la condamnation puis §325 s'agissant du contrôle de proportionnalité.

⁷ Civ. 3^{ème}, 12 juin 1996, n°94-14.862.

6 arrêts ont été trouvés, un seul témoignant de l'exercice d'un contrôle de la compatibilité du contenu de la loi aux droits fondamentaux. Dans cet arrêt du 10 avril 1998¹, la Cour de cassation n'est d'ailleurs pas aussi explicite que dans les autres décisions étudiées, et exerce un contrôle qui sera plutôt qualifié d'indirect. Il semble que cette formation ne soit donc qu'assez peu propice au contrôle de conventionnalité, qu'il porte sur le contrôle du contenu ou de l'application des lois, dans la mesure où un tel contrôle fait la plupart du temps directement l'objet d'un contrôle par la chambre concernée, ou par l'assemblée plénière si besoin.

33. Contrôle de l'assemblée plénière. Entre 1975 et 2000, les arrêts de l'assemblée plénière sont assez peu nombreux, dans la mesure où seulement 34 arrêts comportent la mention « convention européenne », pour une vingtaine dans lesquels un contrôle de conventionnalité est effectué. Le constat le plus frappant est que très peu de décisions explicitent, d'un point de vue terminologique, le constat d'une compatibilité ou d'une incompatibilité directe du contenu du texte contrôlé. La plupart concernent un contrôle indirect, et seront donc évoqués ultérieurement. Lorsque l'assemblée plénière, pendant cette période, constate la compatibilité du contenu de lois à la Convention, il est ainsi rare qu'elle pratique un contrôle aussi direct que les chambres précitées. Lorsqu'elle l'exerce, il est toutefois similaire : elle estime par exemple que « *l'article [X] du Code [X], dont les dispositions ne sont pas contraires à celle de l'article [X] de la Convention* »². Un autre exemple réside enfin dans la composition de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, dont la Cour de cassation juge que l'article R143-15 du Code de la sécurité sociale n'en fait pas « *un tribunal indépendant et impartial au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »³, ce qui permet de considérer qu'il s'agit un peu plus explicitement d'un contrôle direct du contenu du texte. Le contrôle exercé dans le cadre de la saisine pour avis est enfin plus difficilement préhensible.

34. Contrôle dans le cadre des saisines pour avis. La question de la compétence de la Cour de cassation pour traiter de la question du contrôle de conventionnalité dans le cadre de la saisine pour avis s'est très clairement posée, et a fait l'objet de fluctuations. Dans une décision

¹ Ch. mixte, 10 avril 1998, n°97-17.870. Pour les autres arrêts, V. Ch. mixte, 04/11/2002, n°00-15.087 ; 06/02/2004, n°00-19.107 ; 10/10/2008, n°04-16.174 ; 13/03/2009, n°07-17.670.

² Ass. plén., 30 juin 1995, 2 arrêts, n°94-16.982 et n°95-13.035.

³ V. Ass. plén. 22 décembre 2000, n°99-11.615, et sur d'autres aspects, n°98-15.567, 98-21.238, 98-19.376, 99-11.303.

du 25 septembre 2000¹, elle semblait initialement l'avoir pourtant admise². Elle pose toutefois ensuite une restriction plus claire et s'y refuse catégoriquement deux années plus tard, en estimant que « *la question de la compatibilité des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avec des dispositions de droit interne [...] ne relève pas de la procédure instituée par l'article L.151-1 du Code de l'organisation judiciaire, l'office du juge du fond étant de statuer sur cette compatibilité* »³. Ce n'est qu'en 2019, très récemment donc, que la Cour de cassation admet à nouveau, explicitement, que « *la compatibilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales peut faire l'objet d'une demande d'avis, dès lors que son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas l'analyse d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond* »⁴. Cette décision permet désormais à la Cour de cassation d'émettre des avis sur la compatibilité du contenu des textes au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et des traités internationaux qui contiennent des droits fondamentaux qui ont un effet direct. L'admission tardive de la capacité pour la Cour de cassation à exercer un contrôle de conventionnalité par ce biais ne permet pas d'avoir un recul suffisant dans l'analyse des décisions, mais peut laisser entrevoir un certain nombre de potentialités qu'il sera intéressant d'étudier, d'autant qu'elle tranche avec ce qui prévaut devant le juge administratif⁵.

35. Dans l'immense majorité des chambres, un contrôle direct de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux a pu être identifié. Il est ainsi systématiquement abstrait, le conflit de norme étant directement tranché sans que les considérations factuelles ne soient mentionnées. Dans d'autres cas, le contrôle du contenu de la loi peut au contraire être indirect, et parfois revêtir un caractère concret.

¹ Cass. avis, 25 septembre 2000, n°02-00.011.

² À la question de savoir si l'absence de recours contre les décisions d'homologation issues de l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 satisfait ou non les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, elle répond que cette absence « *n'est pas contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, le double degré de juridiction en matière civile ne figurant pas au nombre des droits garantis par cette convention* ». Elle semblait ainsi se livrer explicitement à un contrôle de la compatibilité du contenu des lois nationales aux droits garantis par les Traités.

³ Cass. avis, 16 décembre 2002, n°00-20.008. V. aussi, dans un sens similaire, Soc., avis, 17 juillet 2018, n°17-70.009. Pour un bon récapitulatif de ces refus, et leur critique, à laquelle nous adhérons, V. par exemple P. DEUMIER, « Conventionnalité et saisine pour avis », *RTD civ.* 2018, p.66.

⁴ Cass. avis, 17 juillet 2019, n°19-70.010. V. not. P. DEUMIER, « La saisine pour avis : fixer la jurisprudence en amont ? », *D.* 2019, p.1622.

⁵ V. au §102 de la présente thèse.

36. Difficultés de recherches liées aux figures du contrôle indirect du contenu. La principale difficulté qui se heurte à la recherche du contrôle indirect du contenu de la loi qui est exercé par la Cour de cassation est que les figures qu'il comporte sont complexes à systématiser, et sont probablement celles qui illustrent le mieux l'hybridation du rôle du juge judiciaire. En effet, peu de termes se retrouvent dans plusieurs décisions, si bien que leur citation sera moins massive, et devra être dans certains cas circonstanciée dans la mesure où un tel contrôle peut être parfois concret. C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que l'assemblée plénière joue un rôle central dans leur caractérisation. Contrairement au contrôle direct du contenu, le contrôle indirect peut ainsi revêtir de multiples facettes. Il peut découler du contrôle des mesures prises en application d'une loi. Le contrôle indirect du contenu peut aussi impliquer que les droits fondamentaux guident l'interprétation de la norme, ce qui permet de valider ou d'invalidier son contenu, le contrôle ayant ainsi une vocation complétive. Les droits fondamentaux permettent dans ces cas de restreindre ou d'étendre le champ d'application de la loi, ou bien de compléter le régime juridique qu'elle avait défini : cela traduit le jeu d'une « interprétation conforme »¹, qui permet au juge d'amender la norme. Comme le souligne très justement la Professeure DEUMIER, « *l'interprétation conforme oscille ainsi entre méthode d'interprétation et règle d'articulation de norme* »². Nous nous intéressons ici plus particulièrement à ce second aspect, la nature hybride d'un tel contrôle du contenu de la loi nous ayant conduit à le qualifier « d'indirect ». Il ne faut toutefois pas occulter que la volonté de pratiquer une distinction opératoire entre ce que nous estimons être les contrôles de la loi peut se heurter aux méthodes relatives à son interprétation, l'empirisme de la construction du contrôle étant un frein non négligeable à sa systématisation. Nous avons toutefois tenté l'expérience. Les présents développements seront ainsi un peu plus ciblés, au travers d'exemples bien connus et davantage détaillés qui seront traités sous l'angle de la dichotomie proposée dans le présent travail doctoral³. L'objectif est de convaincre le lecteur de son réel

¹ L'expression est ainsi très justement utilisée par le Professeur DUPRÉ DE BOULOIS, V. « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n°08. Nous renvoyons à sa très précise contribution, dont nous avons retiré certains exemples, utilisés sous l'angle de la dichotomie proposée dans le présent travail doctoral.

² V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., 6^{ème} édition, 2021, p.118. L'auteure ajoute, et nous adhérons à ce raisonnement, qu'une telle méthode « *est assurément destinée à se développer considérablement du fait de l'intrication croissante de la loi et des normes supérieures* ».

³ Davantage d'exemples précis seront cités en deuxième partie, lorsqu'il s'agira d'étudier les dispositions qui ont ou non été préservées ou amendées, en vue d'étudier les conséquences du contrôle sur la loi, dans les rapports qu'entretient le juge judiciaire avec la norme, et non, comme c'est le cas dans les présents développements, d'étudier purement l'objet, les effets et la nature de ce contrôle.

intérêt opératoire, et de l'efficacité de son cumul avec une définition plus restrictive du contrôle « concret », cantonnée à son strict caractère et non à ses effets. Il convient d'ajouter que les exemples cités le sont le plus souvent au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, mais qu'un tel procédé pourrait s'appliquer quelle que soit la source de droits fondamentaux mobilisée. Les différentes figures identifiées du contrôle indirect du contenu du texte seront énoncées successivement, sans qu'elle ne puisse – au regard des réserves précédemment émises – constituer une catégorisation totalement hermétique.

37. La restriction du champ d'application par le contrôle indirect de son contenu.

Dans certains arrêts, la Cour de cassation vient pratiquer un contrôle indirect du contenu du texte, en complétant l'interprétation qu'il convient d'en donner pour la rendre conforme à la Convention. L'exemple le plus frappant est celui du changement de sexe à l'État civil au profit d'une personne transsexuelle, pour lequel l'Assemblée plénière estimait que « *lorsque¹, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* » et « *que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* »². Il s'agit d'interpréter la norme au regard de certaines circonstances, qui doivent toutefois être appréciées de manière générale et sont applicables dans une série de cas qui ne sont aucunement cantonnés à l'affaire en cause. Par voie de conséquence, le juge judiciaire exerce un contrôle indirect du contenu du texte silencieux, qui vient assouplir l'interprétation stricte qui pouvait en être tirée. Dans la mesure où il s'agit, implicitement, de considérer que l'interprétation trop extensive d'un texte conduirait à une violation d'un droit fondamental, cela conduit à la réduction de son champ d'application au travers d'une précision circonstanciée, qui présente dans cette mesure un caractère plutôt « concret ». En d'autres termes, il s'agit d'interpréter le texte en considérant qu'en principe, le changement de sexe à l'État civil est impossible, « sauf dans X circonstances »³. En définitive, il s'agit d'identifier une forme de contrôle « indirect et concret »

¹ Nous soulignons. L'utilisation du mot « lorsque » suivi ensuite de la circonstance plutôt d'ordre factuel, est ainsi assez évocatrice du caractère concret d'un tel contrôle.

² Ass. plén., 11 décembre 1992, 2 arrêts, n°91-11.900 et n°91-12.37.

³ Qui sont énoncées, par exemple dans le premier arrêt, selon la formulation suivante, le changement de sexe serait impossible, sauf lorsque « *tous les caractères du transsexualisme et que le traitement médico-chirurgical auquel [le demandeur] avait été soumis lui avait donné une apparence physique telle que son nouvel état se rapprochait davantage du sexe féminin que du sexe masculin* » et que « *l'insertion sociale de l'intéressé était conforme au sexe*

du contenu du texte. Un tel constat a – seulement en partie – justifié le choix de la dichotomie adoptée dans le présent travail doctoral. D’autant que l’exemple est loin d’être isolé. On retrouve le même ordre idée dans l’interprétation d’un texte de procédure, qui conduit l’assemblée plénière à considérer que « *lorsqu’un¹ juge a statué en référé sur une demande tendant à l’attribution d’une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d’une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation* »² : là encore, certes il s’agit d’un contrôle du contenu du texte, mais il n’est pas direct : il ne s’agit pas de considérer directement que le texte est incompatible ou non. Il s’agit plutôt de restreindre son application dans certains cas identifiés, qui sont ici précisés et qui auront vocation à s’appliquer dans tous les litiges : les circonstances sont ainsi mentionnées, ce qui donne une dimension concrète au contrôle pratiqué, sans que les effets de la décision ne soient cantonnés à l’affaire en cause. Une telle logique se retrouve aussi dans des décisions bien connues, y compris en matière pénale. Par exemple, s’agissant du vol commis par un salarié, l’incrimination peut être écartée dans la circonstance dans laquelle « *les documents dont s’agit étaient strictement nécessaires à l’exercice des droits de la défense de la prévenue dans le litige l’opposant à son employeur* »³. La logique est ainsi strictement similaire : le champ d’application de l’incrimination de vol, par le jeu de son interprétation conforme, est restreint dans une série de circonstances identifiées.

38. Les origines d’une telle méthode pourraient toutefois être bien plus anciennes : n’était-ce pas une forme de raisonnement semblable, au sujet de la même infraction, qui a inspiré la création de l’état de nécessité ? La motivation de la Cour d’appel d’Amiens⁴, qui avait été saisie suite au jugement du « bon juge Magnaud » dans l’affaire *Ménard*⁵, nous permet de nous risquer à un tel parallèle. Elle estimait en effet « *que la misère et la faim sont susceptibles d’enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre, et d’amoindrir en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal : qu’un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup*

dont il avait l’apparence ». Il s’agit d’identifier un ensemble de circonstances factuelles précises, qui peuvent être généralisées sans grande difficultés, et ainsi constituer un amendement général du champ d’application du texte.

¹ Nous nous permettons d’insister sur ce terme, très fréquemment utilisé.

² Ass. plén., 6 novembre 1998, n°94-17.709.

³ Crim., 11 mai 2004, n°03-80.254. Une appréciation similaire était aussi identifiable dans le cadre d’une violation du secret de l’instruction, V. Crim., 11 juin 2002, n°01-85.237. Un journaliste est aussi poursuivi pour diffamation. En effet, le seul moyen de prouver la véracité de son propos était de produire des pièces normalement couvertes par le secret de l’instruction. La formulation est d’ailleurs assez proche de celle retenue, l’incrimination peut ainsi être écartée lorsque « *la production en justice des pièces litigieuses, objet des poursuites exercées contre l’intéressé, [est] rendue nécessaire par l’exercice des droits de la défense* ».

⁴ CA Amiens, 22 avril 1998.

⁵ Tribunal civil Château-Thierry, 4 mars 1898.

de son caractère frauduleux, lorsque¹ celui qui le commet n'agit que par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en œuvre notre constitution physique ». N'est-ce pas ici une forme de contrôle indirect du contenu du texte, éminemment concret, qui a permis de l'écarter, certes au regard d'une circonstance particulière, mais revêtue d'un effet général qui a d'ailleurs justifié la consécration d'un tel fait justificatif étendu à toutes les infractions ?² Certes, aucune convention internationale ne fondait le raisonnement. Toutefois, n'était-ce pas en partie le fondement implicite d'une forme de droit essentiel de tout être humain à rester en vie et à nourrir les siens, voire une forme de droit à la dignité humaine, qui guidait aussi le raisonnement du juge ? On s'accordera à identifier les liens indéniables avec l'équité – à défaut d'autre fondement, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui – qui a inspiré la décision, mais nous verrons que la généralité de l'acceptation la rend profondément stabilisante, ce qui l'éloigne de l'essence de la notion³. Les cas précités illustrent ainsi une « incompatibilité indirecte » des textes, qui justifie la restriction de leur champ d'application. Dans d'autres cas, le contrôle indirect du contenu du texte conduit au contraire à l'étendre.

39. L'extension du champ d'application par le contrôle indirect de son contenu. Au contraire, parfois, le texte est complété, parce que certaines circonstances entrent finalement dans son champ d'application. Cela conduit à une interprétation conforme qui permet de préciser les cas supplémentaires dans lesquels le texte aura vocation à l'appliquer. Par exemple, en matière de procédure pénale, l'article 253 du Code de procédure pénale dispose que « *ne peuvent faire partie de la cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la cour d'assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé* ». La chambre criminelle complète le texte, dans son silence, en ajoutant qu'au regard du droit au procès équitable, « *ne peut siéger dans une cour d'assises un magistrat qui, en qualité de juge civil, a déjà porté une appréciation sur la culpabilité de l'accusé* »⁴. Une nouvelle fois, le texte est certes contrôlé, mais indirectement : l'interprétation de son contenu permet d'en étendre le champ d'application de manière générale, la restriction procédurale apportée par le texte étant étendue en vue de protéger les droits du justiciable. La dimension

¹ Il s'agit ici d'un bel indice qui nous a permis d'approfondir le parallèle effectué.

² Le fait justificatif a en effet été consacré à l'article 122-7 du Code pénal. Or, nous verrons qu'une telle évolution textuelle est caractéristique d'un contrôle du contenu du texte : V. §252 et suiv. de la thèse.

³ Cette question sera détaillée dans la seconde partie, V. §300 de la présente thèse, au titre d'une équité stabilisée.

⁴ Crim., 30 novembre 1994, n°94-82.201.

concrète est un peu moins préhensible, même si le complément du texte ainsi apporté résulte de la découverte d'un cas particulier qui s'est présenté dans une affaire. Une approche similaire se retrouve en matière de procédure civile, la Cour estimant par exemple que « *la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement* »¹. Enfin, le dernier exemple qui sera cité à ce titre est celui, bien connu, de l'affaire *Mazurek*. Alors que l'ancien article 1527 du Code civil n'ouvrait l'action en retranchement pour atteinte à la réserve héréditaire qu'aux seuls enfants légitimes, la Cour de cassation l'a ensuite étendue aux enfants naturels² : une nouvelle fois, le contrôle indirect du contenu du texte permet de fournir une interprétation extensive de la loi, qui conduit à l'extension de son champ d'application pour la rendre conforme à la Convention européenne.

40. La précision du régime juridique prévu par la loi par le contrôle indirect de son contenu. Dans d'autres cas, le juge peut contrôler la loi de manière indirecte, en complétant le régime juridique qu'elle prévoit en vue de la rendre compatible avec un droit d'origine conventionnelle. Le plus souvent, la loi peut ainsi indirectement être contrôlée lorsque le juge procède au contrôle des mesures qui découlent de son application³. L'exemple le plus emblématique d'un tel contrôle est indéniablement celui de la garde à vue. Sans détailler, dans la mesure où l'exemple sera repris à d'autres titres⁴, il s'agissait de contrôler l'ancien article 63-4 du Code de procédure pénale, au travers du contrôle des mesures de garde à vue prononcées : le contrôle de la loi est dans cette mesure indirect, puisque c'est la censure de la mesure qui traduit l'incompatibilité du texte, sans que cette dernière ne soit explicitée. L'assemblée plénière énonce ainsi préalablement que « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés*

¹ Ass. plén., 6 novembre 1998, n°95-11.006.

² Civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, n°99-2134 et n°99-21.135. Elle estime en effet que « *les enfants légitimes nés d'un précédent mariage et les enfants naturels nés d'une précédente liaison se trouvant dans une situation comparable quant à l'atteinte susceptible d'être portée à leurs droits successoraux en cas de remariage de leur auteur sous le régime de la communauté universelle, la finalité de la protection assurée aux premiers commande qu'elle soit étendue aux seconds, au regard du principe de non-discrimination selon la naissance édicté par la Convention européenne des droits de l'homme* ».

³ D'autres exemples résidaient précédemment dans le contrôle des visites domiciliaires en matière fiscale (Crim., 5 juin 1997, n°96-83.341), ou encore des majorations de pénalités fiscales (Crim., 26 mars 1998, n°97-82.299). C'est aussi le cas de la réintégration de salariés suite à un licenciement finalement déclaré nul, qui permet un contrôle indirect des dispositions du Code du travail. C'est aussi le cas de la réintégration de salariés suite à un licenciement finalement déclaré nul, qui permet un contrôle indirect des dispositions du Code du travail (V. Soc., 28 mars 2000, n°98-40.228 et n°99-41.717).

⁴ Notamment au regard de la modulation dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel, V. §214 de la thèse.

fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale¹, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires »². Cela lui permet de prononcer la nullité de l'ordonnance, qui se fondait sur le fait que « la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose pas que toute personne interpellée ne puisse être entendue qu'en présence de son avocat et que la garde à vue, menée conformément aux dispositions actuelles du code de procédure pénale, ne saurait être déclarée irrégulière ». C'est le contrôle des motifs de l'ordonnance attaquée, appliquée conformément au texte, qui permet de contrôler indirectement ce dernier, pour ensuite compléter le régime juridique en vue de le rendre conforme aux exigences conventionnelles. Il convient de mentionner que ce contrôle demeure abstrait, les circonstances factuelles n'étant qu'assez peu mobilisées et n'étant qu'illustratives d'un contrôle systémique.

41. Exemple : écoutes téléphoniques. Un autre exemple, particulièrement parlant, est celui des écoutes téléphoniques : un contrôle indirect du contenu des articles 81 et 151 du Code de procédure pénale est pratiqué, et conduit à compléter le régime juridique de la mesure. Dans un premier arrêt, l'Assemblée plénière a précisé qu'il est nécessaire de recevoir l'autorisation « *d'un juge commission rogatoire [en vue de procéder à] l'écoute et à l'enregistrement de propos tenus par [le prévenu] sur la ligne téléphonique qui lui était attribuée* »³. Ensuite, dans un arrêt rendu l'année suivante⁴, après avoir défini les cas dans lesquels elle peut être effectuée⁵, elle ajoute la condition que « *l'écoute soit obtenue sans artifice ni stratagème, et que sa transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense* ». Le contenu du texte n'est ainsi pas directement considéré comme compatible ou incompatible, mais est interprété pour entrer en concordance avec les exigences européennes : le contrôle est donc indirect, par la définition du régime juridique qu'il convient d'appliquer à la mesure restrictive. Le contrôle a une dimension assez peu concrète,

¹ Nous soulignons : une telle formule traduit effectivement la généralité propre aux effets du contrôle du contenu de la loi.

² Ass. plén., 15 avril 2011, n°s 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313, 10-30.316. V. aussi, dans le même sens, Crim., 8 février 2012, n° 11-87.716.

³ Ass. plén., 24 novembre 1989, 2 arrêts, n°s 89-84.439 et n° 89-84.439. V. aussi, pour des suites, Crim., 5 novembre 1991, n° 91-84.134 ; 9 décembre 1991, n°s 88-80.786, n° 90-84.994, n° 90-84.995 et n° 90-84.996.

⁴ V. Crim., 15 mai 1990, n° 90-80.827.

⁵ En effet, elle souligne que les écoutes et enregistrements téléphoniques, « *s'ils peuvent être effectués à l'insu des personnes intéressées, ce ne peut être que sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle, en vue d'établir la preuve d'un crime, ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, et d'en identifier les auteurs* ».

même s'il trouve sa source dans la situation factuelle de la personne poursuivie. Ses effets demeurent une nouvelle fois généraux.

42. Exemple : conditions de détention provisoire. Il nous faut aussi mentionner l'exemple du contrôle des conditions de détention, qui fait l'objet d'une jurisprudence très fournie de la Cour de cassation, et a récemment fait l'objet d'une évolution significative qui s'illustre par un contrôle indirect du contenu de la loi. En effet, reprenant un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme¹, la Cour de cassation a ainsi elle-même compensé les carences du référé-liberté que ciblait le juge européen, en ouvrant un nouveau contrôle au juge d'instruction dans le cadre d'une détention provisoire. Elle a en effet considéré « *que, lorsque² la description faite par le demandeur de ses conditions personnelles de détention est suffisamment crédible, précise et actuelle, de sorte qu'elle constitue un commencement de preuve de leur caractère indigne, il appartient alors à la chambre de l'instruction, dans le cas où le ministère public n'aurait pas préalablement fait vérifier ces allégations, et en dehors du pouvoir qu'elle détient d'ordonner la mise en liberté de l'intéressé, de faire procéder à des vérifications complémentaires afin d'en apprécier la réalité* »³. Elle précise ensuite dans le paragraphe suivant qu'« *après que ces vérifications ont été effectuées, dans le cas où la chambre de l'instruction constate une atteinte au principe de dignité à laquelle il n'a pas entre-temps été remédié, elle doit ordonner la mise en liberté de la personne, en l'astreignant, le cas échéant, à une assignation à résidence avec surveillance électronique ou à un contrôle judiciaire* »⁴. Elle se livre ainsi à une véritable définition du régime juridique d'un nouveau pouvoir qu'elle confie au juge judiciaire, en étendant très largement le régime juridique prévu par les articles 137-3, 144 et 144-1 du Code de procédure pénale : le contrôle de la loi n'est donc qu'indirect, mais on note une évolution – que nous saluons, du point de vue de la méthode⁵ – dans la mesure où il est cette fois beaucoup plus clairement affirmé et permet une protection immédiate et efficace des droits fondamentaux dans un domaine dans lequel gouvernement

¹ CEDH, 30 janvier 2020, *JMB et autres c/ France*, n°9671/15.

² Nous soulignons à nouveau le terme, qui illustre le plus souvent la prise en compte de certaines circonstances factuelles, alors même qu'il s'agit d'un contrôle du contenu du texte.

³ Crim., 8 juillet 2020, n°20-81.739, §23.

⁴ Cela traduit ainsi, selon la Cour de cassation elle-même, à un « *infléchissement sérieux de sa jurisprudence antérieure, puisque, dorénavant, les conditions indignes de détention sont susceptibles de constituer un obstacle à la poursuite de cette détention* » (V. la note explicative jointe à l'arrêt, p.4). Pour des jurisprudences antérieures, V. Crim., 18 septembre 2019, n°19-83.950 ; Crim., 29 février 2012, n°11-88.441.

⁵ En revanche, on se questionnera sur son opportunité s'agissant de son articulation avec la question prioritaire de constitutionnalité, V. §216 de la présente thèse.

comme législateur sont plutôt inertes¹. L'analyse de ces diverses formes de contrôle du contenu de la loi nous semblent nécessiter d'en faire une synthèse générale.

43. Exemple : formalités concernant le recours en opposition d'enregistrement de titre de propriété industrielle et de brevet. L'exemple est assez technique, mais devait être cité dans la mesure où un arrêt récent de la chambre commerciale est très illustratif de la permanence du contrôle indirect du contenu de la norme. L'affaire était relative à une opposition formée par une société pharmaceutique, contre l'enregistrement d'un signe verbal pour désigner des produits pharmaceutiques par une société concurrente. Une erreur matérielle s'était glissée dans la demande : la société n'avait pas nommé son représentant légal, alors que l'article R411-21 du Code de la propriété intellectuelle l'exigeait, à peine d'irrecevabilité. Or, l'article 126 du Code de procédure civile prévoit que dans une telle situation, l'irrecevabilité peut être écartée si la situation est régularisée avant que le juge statue, en vue de satisfaire les exigences du droit d'accès à un tribunal. Toutefois, une telle possibilité n'était pas ouverte, la Cour de cassation refusant traditionnellement d'appliquer l'article précité en la matière, dans la mesure où les dispositions sont spécifiques. Dans l'arrêt du 12 mai 2021², elle opère un revirement de jurisprudence et redéfinit le régime applicable à une telle régularisation. Elle estime en effet qu'*« il apparaît donc nécessaire d'abandonner la jurisprudence précitée et d'interpréter désormais l'article R. 411-21 du code de la propriété intellectuelle en ce sens que ses dispositions ne sont pas exclusives de l'application de l'article 126 du code de procédure civile et que, dès lors, l'irrecevabilité du recours formé contre les décisions du directeur de l'INPI résultant de l'omission, dans la déclaration de recours, d'une des mentions requises, sera écartée si, avant que le juge statue, la partie requérante communique les indications manquantes »* (§14). Il s'agit bien, à nouveau, d'une « interprétation conforme », qui traduit l'exercice d'un contrôle indirect du contenu de la disposition, et en précise le régime en vue de le rendre compatible avec les exigences conventionnelles. Preuve qu'une certaine constance irrigue une telle figure du contrôle du contenu de la norme, et puisse se retrouver dans toutes les chambres de la Cour de cassation.

¹ Pour une analyse très complète, V., cumulativement, P. DEUMIER, « Le mode d'emploi conforme et le pouvoir du juge judiciaire », *RTD Civ.* 2021, p.83 et de la même auteure « Interprétation conforme et QPC : la doctrine du droit mort vivant », *ibid.* p.88. V. aussi, pour une bonne synthèse, J. FALXA, « Indignité des conditions de détention et office du juge judiciaire : place aux droits fondamentaux », *D.* 2020, p.1774.

² Com., 12 mai 2021, n°18-15.153.

44. Synthèse. Une fois passée la frustration qui résulte des difficultés de recherche de décisions et l'impossibilité d'en dresser un panorama suffisamment approfondi, il n'en demeure pas moins que les quelques décisions analysées et prises en exemple conduisent à diverses conclusions, qui ne surprendront pas les lecteurs coutumiers du contrôle de conventionnalité. D'abord, qualitativement, le contrôle du contenu des lois est complexe à analyser et à recenser : il concerne la grande majorité des formations de la Cour de cassation, sans qu'une réelle cohérence et uniformité des termes employés ne puisse être établie, même si l'écoulement du temps semble opérer certains rapprochements. Une telle démarche, empirique, n'a que récemment tendu à se rationaliser, ce qui nuit considérablement à la lisibilité de ce contrôle. Profondément protéiforme, il se décompose en un contrôle direct du contenu des textes, systématiquement abstrait, et un contrôle indirect qui quant à lui peut prendre des formes plus subtiles, qui découlent d'une fusion entre méthode d'application, d'interprétation, et de contrôle de la loi. Il peut ainsi prendre des dimensions tantôt concrètes, tantôt abstraites, selon la figure concernée, la variabilité d'un tel critère n'étant aucunement un obstacle à la caractérisation des effets généraux du contrôle.

Ensuite, d'un point de vue quantitatif, là encore sans grande surprise, la Convention européenne est citée de manière exponentielle, et l'avènement de la QPC, ainsi que le contrôle de l'application des lois, n'ont aucunement ralenti ce mouvement : le contrôle du contenu des lois est donc massivement utilisé par la Cour de cassation, dans toutes les branches du droit et particulièrement par la chambre criminelle, dont on comprend mieux la résistance au caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, qui sera abordée *infra*¹.

Enfin, il est aussi possible de constater que la saisine pour avis a été sous exploitée s'agissant du contrôle de la compatibilité du contenu des lois aux droits fondamentaux d'origine conventionnelle, notamment du fait des réticences de la Cour de cassation à l'admettre. Cette voie ne saurait être négligée, notamment à l'aune du contrôle de l'application des lois que sera amené à exercer le juge du fond. Il faudra donc tenter d'identifier les facteurs de valorisation d'une telle voie pour le contrôle de la loi, qui justifieront les propositions formulées à l'issue du travail doctoral². À ces diverses formes de contrôles du contenu des lois, se juxtapose désormais un contrôle de leur application, qui diffère par son objet et ses effets.

¹ V. §193 de la thèse.

² V., s'agissant de la nécessité de flexibiliser les conditions de la saisine, §439, et v. l'annexe 1, qui illustre la consécration d'une saisine spécifiquement dédiée au contrôle de conventionnalité, v. les articles L441-4-1 et suiv.

B/ Un contrôle étendu à l'application de la loi

45. Méthode de recherche. La méthode de recherche pratiquée pour déceler les cas dans lesquels la Cour de cassation exerce un contrôle de l'application de la loi a quelque peu différé de celle qui a concerné le contrôle de son contenu. En effet, en sus de la méthode déjà exposée précédemment¹, il s'est agi d'y ajouter d'autres termes propres au contrôle de l'application, et de les déceler au travers des communiqués de la Cour de cassation, des rapports annuels, rapports relatifs au contrôle de proportionnalité, ou encore au regard des actualités juridiques et des contributions doctrinales qui se sont très fortement préoccupées de la question, notamment ces dix dernières années. Une réserve doit être préalablement énoncée : la masse conséquente de commentaires, notes ou observations sur ces décisions nous a conduit à n'en citer que certaines². Préalablement à l'étude d'un tel contrôle, il nous faut exclure les décisions qui pourraient, à tort, du fait de la proximité des méthodes employées, être assimilées à un contrôle de l'application de la loi.

46. L'exclusion des cas de conflits de droits et intérêts purement privés : l'absence de contrôle. Dans certains cas, un contrôle de proportionnalité, qui se traduit la plupart du temps explicitement par la technique dite de la « balance des intérêts »³ – que nous évoquerons plus loin⁴ – pourrait laisser penser qu'un contrôle de l'application de la loi est exercé. Le raisonnement du juge est profondément concret, mais il ne s'agit pas véritablement de traiter un conflit entre loi et traité, mais plutôt un conflit de droits, quelle que soit leur source. La loi peut en effet garantir la protection de droits analogues à ceux du traité : l'exemple le plus parlant demeure celui du droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 9 du Code civil comme par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Lorsqu'il est par exemple confronté à la liberté d'expression de l'article 10 de la Convention européenne, il s'agit ainsi de mettre en balance deux droits et libertés fondamentaux, qui peuvent être d'origine tant légale que conventionnelle. Une telle position est d'ailleurs très bien exprimée par la Cour de

¹ V. §24 de la thèse.

² Nous renvoyons à la bibliographie pour un recensement des lectures sur le sujet, notamment dans la rubrique « notes de jurisprudence », dans laquelle les arrêts commentés sont mentionnés.

³ Pour une bonne analyse sous l'angle du contrôle de proportionnalité, V. J.-P. MARGUÉNAUD, « L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises », *RTDH* 2020/2, p.139. V. aussi, pour une étude d'ampleur sur cette question en droit public, P. DUCOULOMIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011. Particulièrement, sous l'angle de la distinction entre litiges « horizontaux » et « verticaux », v. *op. cit.*, respectivement p.119 et p.142. Pour un angle hiérarchique, v. *op. cit.*, p.474 et suiv.

⁴ V. §355 et suivants de la thèse.

cassation, qui vise les trois fondements simultanément pour considérer que « *le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression revêtent une même valeur normative ; qu'il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* »¹. Que la balance penche en faveur du droit au respect de la vie privée et familiale ou en faveur de la liberté d'expression, le raisonnement ne conduit ainsi aucunement à pratiquer un contrôle d'application de la loi, dont la citation aurait d'ailleurs presque pu être évitée. Dans d'autres cas, la protection d'un droit peut être seulement légale, et confrontée à un droit d'origine conventionnelle : là encore, on pourrait considérer qu'il s'agit de contrôler l'application de la loi, mais il s'agit simplement de trancher entre deux droits d'origine différente, et non de pratiquer un « contrôle » de l'application de la norme². Il s'agirait là de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité « privatisée », selon l'expression employée à juste titre par le Professeur MARGUÉNAUD³. L'utilisation d'une telle méthode pose certes tout autant de questionnements que celle du contrôle de l'application de la loi, justement du fait de son caractère profondément concret, notamment lorsqu'il s'agit du rôle de la Cour de cassation pour l'effectuer. Elle ne sera toutefois pas la traduction d'un réel contrôle de l'application de la loi. Cela ne signifie pas pour autant, nous le verrons, qu'un contrôle de l'application de la loi ne conduise pas à confronter des intérêts privés, mais dans ces cas ils s'entremêlent avec les valeurs et intérêts plus généraux protégées par la norme. En définitive, pour résumer, lorsque la loi confère un droit au justiciable, analogue ou non avec un droit d'origine conventionnelle, il ne s'agit pas réellement de contrôler l'application de la loi, simplement de trancher entre deux intérêts purement privés. En revanche, lorsque la loi contraint, tout en octroyant parfois certains droits, en vertu de valeurs et d'intérêts plus généraux – qui englobent ainsi des intérêts privés – elle peut être

¹ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018, n°17-22.381. Pour un exemple similaire sur les mêmes droits, V. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2018, n°16-28.741.

² Pour un exemple, V. Civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, 15-28.467 16-11.759, en matière de propriété intellectuelle, où il s'agissait de rechercher « *un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène et la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret* », protégés par l'article L113-4 du Code de la propriété intellectuelle et par l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme. V. aussi, s'agissant de la liberté d'expression artistique et la propriété intellectuelle, Civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n°13-27.391.

³ V. J.-P. MARGUÉNAUD, « L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises », *RTDH* 2020/2, p.139 ; « La mise en œuvre du principe de "proportionnalité privatisée" par la première chambre civile de la Cour de cassation », commentaire de Civ. 1^{ère}, 10/06/2015, n°14-20.790, *RTD civ.* 2015 p.596. Nous restreindrions toutefois davantage son domaine que l'auteur. En effet, ce dernier évoque par exemple à ce titre l'empiètement : selon nous, si certes il est question d'un conflit entre deux droits de propriété, les mesures restrictives sont toutefois justifiées par un intérêt public sous-jacent, très prégnant en droit français, qui touche spécialement les biens immobiliers qui font l'objet d'une attention particulière de l'État. Dans cette mesure, le contrôle de proportionnalité n'est selon nous pas totalement « privatisé », contrairement à ce qui a été vu s'agissant du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression, lorsqu'aucune contrainte n'est imposée par les textes.

exclue de manière circonstanciée au regard d'une technique certes similaire mais qui traduit un réel contrôle de l'application de la norme, puisque la restriction ou l'interdit qu'elle pose est exclu. C'est précisément ce contrôle qui fera l'objet des développements suivants. Il s'est d'abord agi pour la Cour de cassation d'effectuer une déclaration de principe, dans l'arrêt du 4 décembre 2013, qui a posé les premières fondations du contrôle de l'application de la loi (1). Ensuite, sa définition s'est construite de manière un peu plus empirique, au travers d'une série de décisions qui permettent d'en dégager progressivement les contours (2).

1/ Les fondations initiales du contrôle de l'application de la loi : l'arrêt du 4 décembre 2013

47. L'exercice implicite du contrôle de l'application de la loi par l'arrêt du 4 décembre 2013. Si l'on étudie en détail le premier arrêt où la Cour de cassation a exercé explicitement un contrôle de la compatibilité de l'application des lois aux droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'analyse se heurte à la contrainte d'une motivation lapidaire. Les faits du célèbre arrêt du 4 décembre 2013¹ étaient relativement simples, mais ont leur importance puisqu'ils fondent en partie la décision des juges. Un homme s'était marié avec l'ex-épouse de son propre fils, en contradiction avec l'article 161 du Code civil qui prohibait une telle union². Il n'aurait donc pas pu, *a priori*, être célébré. Toutefois, aucune opposition n'avait été soulevée, si bien que le mariage dura vingt-deux ans et ne prit fin qu'au décès de l'ex beau-père de la veuve, qui l'avait par ailleurs instituée légataire universelle. Lorsque s'est posée la question de la succession, le fils du *de cuius* – ou l'ex-mari de la veuve – a demandé la nullité du mariage, l'action n'étant pas prescrite puisque bénéficiant d'une prescription spéciale de 30 ans³. Très logiquement, la Cour d'appel a annulé le mariage en considérant non seulement que la prohibition prévue par le texte répondait à « *des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial* », mais que de surcroît « *cette interdiction permet également de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le*

¹ Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066.

² L'article dispose en effet qu'« *en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* », ce qui ne laissait planer aucune ambiguïté.

³ L'article 184 du Code civil dispose en effet que « *tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues [à l'article] 161 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public* ». À noter par ailleurs que la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile n'avait pas réduit ce délai de prescription.

changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux ». Elle constate que l'union avait été célébrée alors que la fille des deux parties au litige n'avait que 10 ans, que cette dernière en avait été affectée puisqu'elle faisait des confusions entre son père et son grand-père, et qu'enfin des conséquences successorales rendaient l'action du fils du défunt justifiée. La Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond, pourtant bien motivé, au visa de l'article 8 de la CEDH, en considérant « *que le prononcé de la nullité du mariage [du défunt] avec [son ex belle-fille] revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ». Les motifs de la décision des hauts magistrats sont ainsi très concis, si bien qu'il est de prime abord assez peu évident d'y déceler un contrôle de la seule application de la norme. La seule lecture de la décision permet seulement de comprendre que c'est la durée du mariage qui a permis d'écarter l'application de l'article 161, qui constituait dans cette mesure une « *ingérence injustifiée* » au droit au respect de la vie privée et familiale de la veuve. Pour éclairer cette décision, la Cour de cassation l'a complétée d'un communiqué¹ dans lequel elle en précise davantage les contours et l'inspiration.

48. L'explicitation du contrôle de l'application de la loi par un communiqué. Après avoir repris les motifs de la décision, la Cour précise d'emblée que « *les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant dans cette affaire* », ce qui laisse présager que les éléments factuels sont au cœur des caractères du contrôle qu'elle souhaite développer. C'est précisément à partir de ce caractère que la qualification de contrôle « concret » a été par la suite utilisée. Après avoir mentionné une affaire similaire précédemment jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, la fin du communiqué explicite d'ailleurs la rupture avec le contrôle du contenu qui était exercé jusqu'alors. Il est ainsi mentionné que « *la Cour de cassation a jugé que les constatations des juges du fond étaient suffisantes pour en déduire que le droit au respect de la vie privée et familiale, au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, commandait de rejeter la demande d'annulation de ce mariage, célébré sans que le ministère public ait formé opposition au mariage, alors que les pièces d'état civil qui avaient été produites par les futurs époux révélaient nécessairement la cause de l'empêchement au mariage. 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*

¹ Communiqué disponible sur le site internet de la Cour de cassation, ou au D. 2014, p.179. V. sur l'intéressante question de la valeur de tels communiqués, P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.* 2006, p.510.

*n'est pas remis en question*¹ ». Une distinction est ainsi faite entre un contrôle de l'application exercé ici, inspiré de celui du juge de Strasbourg² et qui permet de n'écarter la norme que ponctuellement, parce que son application au cas d'espèce est contraire à un droit fondamental, et un contrôle de son contenu qui implique sa mise à l'écart générale. Cet arrêt n'est que la pierre d'achoppement d'un contrôle qui tend progressivement à se développer.

49. Un contrôle de l'application des lois combiné à celui de son contenu. La relativité des effets du contrôle de l'application des lois était ainsi énoncée dès le communiqué joint au célèbre arrêt du 4 décembre 2013, qui le distinguait clairement du contrôle de son contenu. Comme cela a été observé, dans ce dernier cas, la norme jugée incompatible à un droit fondamental est écartée de manière générale, puisque l'inconventionnalité l'entache en elle-même. En revanche, lorsque c'est seulement l'application de la norme qui est considérée comme étant incompatible – quand bien même, pour l'instant, rares sont les cas dans lesquels un tel constat est opéré – elle est écartée seulement dans l'affaire soumise au juge. Le contrôle exercé par la Cour de cassation dès 1975 concernait essentiellement le contenu des lois, et tend ainsi ces dernières années à, progressivement, porter aussi sur leur application. Il faut donc garder à l'esprit que deux contrôles distincts coexistent, et se différencient essentiellement quant à leur objet et leurs effets, ce qui a justifié une dichotomie fondée sur cet aspect. En effet, cela a été évoqué, le caractère concret – dans sa définition cantonnée à la prise en compte des faits – peut dans certains cas être aussi partagé avec le contrôle indirect du contenu de la loi. Les suites de l'arrêt fondateur sont très nombreuses : la Cour de cassation a ensuite intensifié son contrôle de l'application, pour en définir progressivement les contours, fruit d'une réflexion profonde du rôle qu'elle devra jouer dans son exercice.

2/ La définition uniforme du contrôle de l'application de la loi

50. Démarche. Avant de débiter notre propos, il convient d'évoquer la démarche qui sera adoptée dans les développements qui vont suivre. La définition du contrôle de l'application de la loi a soulevé un certain nombre de questionnements, auxquels la Cour de cassation s'est efforcée de répondre de manière progressive, que ce soit au travers de sa jurisprudence ou au

¹ Cette partie du texte était mentionnée en gras dans le communiqué.

² Une analogie pouvait d'ailleurs être effectuée avec un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Sur cet aspect, V. §370 de la thèse.

sein des différents rapports¹ qu'elle publie sur le sujet. D'abord, quelle est la définition exacte du contrôle de la loi ? Nous verrons qu'un réel effort de pédagogie est observable dans la plupart des arrêts de la Cour de cassation. Ensuite, à qui reviendrait l'exercice d'un tel contrôle ? L'arrêt du 4 décembre 2013 aurait pu laisser penser que c'était à la Cour de cassation elle-même. Il semble au contraire que dans ses arrêts ultérieurs, elle confie prioritairement un tel contrôle aux juges du fond, restant ainsi attachée à son rôle traditionnel de juge du droit. Puis, quelles directives donner aux juges du fond dans l'exercice du contrôle de l'application de la loi ? Il semble qu'elle puisse donner des indications sur l'exercice du contrôle au juge du fond, qui sont plus ou moins approfondies selon les cas, les données du contrôle tendant toutefois au fil du temps à être de plus en plus précisées. Cet aspect sera toutefois plutôt développé lorsqu'il s'agira d'étudier l'encadrement de la méthode du juge judiciaire, notamment au regard du contrôle de proportionnalité et de la balance des intérêts². Enfin, peut-elle, lorsqu'elle constate un exercice erroné du contrôle par les juges du fond, exercer elle-même un tel contrôle ? La réponse est positive, mais doit être nuancée : certes, elle ne se prive pas d'exercer elle-même un contrôle de l'application de la loi, notamment en matière pénale, mais dans de très rares cas. L'objectif du présent développement sera de formuler des éléments de réponse à ces questions, afin d'identifier les contours de la définition et de la répartition du contrôle de l'application de la loi, qui se construisent de manière empirique au fil des décisions qui seront citées. La mention des faits ne sera donc effectuée que pour mieux comprendre les arrêts et formulations employées, et non pour détailler la méthode de la proportionnalité. Avant cela, la Cour de cassation n'a pas manqué de souligner que pour que le contrôle de la loi soit exercé par les juges du fond, encore faut-il qu'il ait fait l'objet de conclusions étayées en ce sens. Cela lui donne l'occasion d'en mentionner la définition.

51. La définition du contrôle de l'application de la loi par l'obligation pour les parties d'étayer leurs moyens. Dans un arrêt du 16 février 2016³, la chambre criminelle évoque explicitement la capacité du juge judiciaire à exercer un contrôle de l'application de la loi. Elle en profite pour imposer aux parties qui souhaitent qu'il soit exercé d'étayer leur motivation en ce sens. L'affaire portait sur une question d'urbanisme. La demanderesse au pourvoi avait

¹ On notera par exemple d'abord le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation ; le *Memento* du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2018 ; et enfin le rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 2020.

²V. §343 de la thèse.

³ Crim., 16 février 2016, n°15-82.732.

construit sur son terrain des algécos qui auraient nécessité un permis de construire, qu'elle n'avait en l'occurrence pas sollicité. Condamnée en appel à remettre les lieux en état, elle se prévaut, entre autres, de son droit à disposer d'un logement décent, et de son droit au respect de la vie privée et familiale. En effet, son ancien logement, dans lequel elle vivait avec ses enfants, avait été déclaré insalubre et elle n'avait pu en trouver un autre, faute de ressources ; ses demandes de logement social ayant par ailleurs été vaines. Elle reproche à la Cour de n'avoir pas vérifié « *la proportionnalité de l'atteinte qui était portée à ses droits fondamentaux au regard des objectifs qui justifiaient cette ingérence* ». Les magistrats du quai de l'Horloge rejettent le pourvoi, car ils estiment que « *la prévenue n'a pas soutenu devant la cour d'appel que la remise en état ordonnée par les premiers juges porterait une atteinte disproportionnée aux droits garantis par les textes conventionnels visés au moyen, au regard de l'impératif d'intérêt général poursuivi par la législation de l'urbanisme ; que cet examen par la Cour de cassation nécessiterait la prise en considération d'éléments de fait qui ne résultent pas des constatations de l'arrêt attaqué* ». Ainsi, la Cour de cassation estime que pour se prévaloir d'un contrôle de l'application des lois dans l'exercice d'un pourvoi, encore faut-il que la demande ait été formulée devant les juges du fond, ce qui somme toute surprend assez peu. Elle ne mentionne toutefois toujours pas en détail en quoi consisterait sa méthode de contrôle, ni véritablement si elle pourrait l'exercer elle-même. Elle se cantonne à la nécessité que soient pris en considération les éléments factuels, dans les moyens pour que la proportionnalité puisse être étudiée. L'exigence de conclusions suffisamment étoffées se retrouve dans un arrêt du 1^{er} février 2017¹ de la première chambre civile. Il s'agissait d'une contestation de paternité : le père biologique revendiqué et la mère avec laquelle l'enfant avait été conçu avaient intenté l'action à l'encontre de l'homme qui avait reconnu le fruit de cette union à sa naissance. L'action étant prescrite, les requérants se prévalent de l'article 8 de la CEDH, pour qu'elle puisse être exceptionnellement admise². La Cour de cassation rejette leur demande et précise que le requérant « *s'est borné, dans ses conclusions d'appel, à invoquer la prééminence de la vérité biologique ; qu'après avoir constaté la possession d'état de l'enfant à l'égard [du père*

¹ Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2017, n°15-27.245.

² Ils estiment en effet que la Convention « *faisait prévaloir, en matière de filiation, la mise en conformité de la filiation juridique à la réalité biologique, et que les règles de prescription ou la conformité du titre et de la possession d'état ne pouvaient faire échec à son droit au recours devant les tribunaux tendant à privilégier la réalité biologique sur la filiation juridique ; qu'en affirmant que n'était pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant la décision du législateur qui, à l'expiration d'une période de cinq ans pendant laquelle le père juridique s'est comporté de façon continue, paisible et non équivoque comme le père de l'enfant, avait fait prévaloir la vérité sociologique en ne permettant pas de rechercher quel était le père biologique, sans rechercher si, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, celui qui se prétendait être le père avait le droit de faire primer la vérité biologique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

qui avait reconnu l'enfant], l'arrêt énonce que le législateur a choisi de faire prévaloir la réalité sociologique à l'expiration d'une période de cinq ans pendant laquelle le père légal s'est comporté de façon continue, paisible et non équivoque comme le père de l'enfant, ce qui ne saurait être considéré comme contraire à l'intérêt supérieur de celui-ci ; que la cour d'appel, qui a ainsi procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ». On peut ainsi comprendre, en creux, que pour qu'un moyen qui tend à demander à ce que soit effectué un contrôle de l'application des lois soit admis, il est nécessaire pour le demandeur d'adopter des « conclusions précises et étayées sollicitant la mise en balance des intérêts en présence et l'examen du caractère excessif, au regard du but légitime poursuivi, de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale »¹. S'il ne se plie pas à cette exigence, le juge du fond pourrait n'effectuer qu'un contrôle du contenu du texte, sans qu'il ne lui en soit tenu rigueur. Le contrôle de l'application des lois est ensuite imposé aux juges du fond, ce qui permet à la Cour de cassation d'en expliciter progressivement les contours.

52. La définition par l'imposition de l'exercice du contrôle au juge du fond. Il semble que la plupart des chambres de la Cour de cassation ait adopté une définition similaire du contrôle de l'application de la loi. Dans de nombreux cas, une telle démarche se traduit par la sanction d'un contrôle qui n'avait pas été effectué. Dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 17 décembre 2015², en matière d'urbanisme, la Cour de cassation impose aux juges du fond d'exercer un contrôle de l'application de la loi. Des cabanons de jardin et des caravanes avaient été installés sur la parcelle d'une propriétaire privée, en contradiction avec les dispositions du plan local d'urbanisme, si bien que la commune avait assigné en référé leurs occupants pour en obtenir leur enlèvement. La Cour d'appel applique à la lettre les dispositions du plan local d'urbanisme, en considérant que l'article 8 de la Convention européenne ne pouvait y faire obstacle. Les hauts magistrats cassent l'arrêt. Selon eux, le juge du fond aurait dû « rechercher, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile » des demandeurs au pourvoi. Encore une fois, un contrôle de l'application des lois est exigé. Elle le fait aussi au regard du droit au respect du domicile, dans un arrêt du 19 décembre 2019³, et avait adopté une

¹ V. résumé de cet arrêt sur Légifrance.

² Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2015, n°14-22.095.

³ Civ. 3^{ème}, 19 décembre 2019, n°18-25.113. Pour rappel, tout comme dans l'arrêt précédemment cité, elle estimait que la Cour d'appel aurait dû rechercher « si la mesure de démolition n'était pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile » des requérants. V. aussi, pour l'abandon d'un cas d'exclusion du contrôle de l'application des lois en la matière, v. §115 de la thèse.

formulation similaire en matière de conversion de métayage en fermage¹. Dans ce dernier cas, la troisième chambre civile mentionnait « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher concrètement², comme il le lui était demandé, si la conversion du métayage en fermage [...] ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de ses biens au regard du but légitime poursuivi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». L'utilisation du terme « concrètement », est dans de nombreux arrêts un pas supplémentaire vers l'implantation plus profonde de la dichotomie « contrôle concret » et « contrôle abstrait », à laquelle la plupart des auteurs ont souscrit, dans la droite ligne d'une distinction, nous le verrons, qui était déjà explicitement utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme. Une telle définition semble d'ailleurs être similaire chez la première chambre civile. En matière de filiation, la Cour de cassation met en valeur le contrôle de l'application des lois dans un arrêt du 21 novembre 2018³, en matière d'action en recherche de paternité : elle casse l'arrêt d'une Cour d'appel pour défaut de base légale en estimant qu'elle aurait dû « *rechercher, comme elle y était invitée, si, concrètement⁴, dans l'affaire qui lui était soumise, la mise en œuvre de ces délais légaux de prescription n'était pas disproportionnée* ». Elle suit un cheminement similaire dans un arrêt du 27 janvier 2021⁵, dans lequel il s'agissait encore de filiation. La Cour estime en effet qu'« *il appartient cependant au juge, lorsqu'il est saisi de conclusions en ce sens, de procéder, au regard des circonstances de l'espèce⁶, à une mise en balance des intérêts en présence, [...] afin de vérifier que les dispositions de droit interne, eu égard à la gravité des mesures envisagées, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale du père de naissance* » (§17). Il peut être noté que, dans cette décision plus récente, l'absence de l'adverbe « concrètement » ne change aucunement le sens de la décision, le contrôle exercé ne se distinguant ni par son objet, ni par ses effets. Cela nous semble correspondre à notre volonté de mettre plutôt en valeur une distinction fondée sur ces deux aspects. Enfin, la chambre

¹ Civ. 3^{ème}, 10 octobre 2019, n°17-28.862.

² Nous soulignons.

³ Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2018, n°17-21.095.

⁴ Nous soulignons.

⁵ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2021, n°19-15.921, n°19-24.608, et n°20-14.012. À noter qu'est ainsi mentionnée l'obligation tant pour le juge de répondre aux conclusions des parties qui invoquent un contrôle de l'application des lois, qu'aux parties de les motiver suffisamment.

⁶ Nous soulignons une nouvelle fois. Elle en conclut qu'« *en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'irrecevabilité de l'action du père de naissance, qui n'avait pu, en temps utile, sans que cela puisse lui être reproché, faire valoir ses droits au cours de la phase administrative de la procédure, ne portait pas, eu égard aux différents intérêts en présence, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale en ce qu'elle interdisait l'examen de ses demandes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés* » (§19).

criminelle semble s'inscrire une logique similaire, qui a été explicitée dans plusieurs arrêts¹. Quoiqu'il en soit, il est possible de constater dans ces divers exemples une constance dans la définition du contrôle de l'application des lois, plus clairement établie que dans l'arrêt du 4 décembre 2013. Cette constance s'observe similairement lorsque la Cour de cassation valide le contrôle qui avait été exercé par les juges du fond.

53. La définition par la validation du contrôle exercé par le juge du fond. Dans certains arrêts, dans lesquels le contrôle de l'application de la loi avait été correctement exercé par le juge du fond, la Cour de cassation fait preuve de pédagogie en vue d'expliciter la définition et les contours du contrôle. Ainsi distingue-t-elle explicitement la distinction entre le contrôle du « contenu » de la loi et celui de son « application ». L'arrêt de la première chambre civile du 9 novembre 2016² doit être salué à ce titre. Elle utilise ainsi d'abord une formule similaire à celle que nous avons identifiée dans le cadre du contrôle direct du contenu du texte. En effet, après avoir exercé son contrôle de proportionnalité, elle souligne « *qu'ainsi, ces dispositions, qui ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité juridique, d'autre part, ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 8 précité* ». Une fois le brevet de conventionnalité accordé à la norme, elle le distingue du contrôle qui peut être exercé sur son application à l'espèce. Elle l'explique par la formule « *il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise³, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* ». La distinction entre les deux types de contrôles est très clairement affirmée. Elle valide ensuite le contrôle qui avait été exercé par la Cour d'appel, et rejette le pourvoi. D'autres arrêts de la première chambre civile traduisent un contrôle du contenu de la loi et de son application, même si le premier est souvent moins explicité que le second. Cela s'observe dans une décision du 8 décembre 2016⁴,

¹ V. par exemple, Crim., 31 janvier 2017, n°16-82.945. La Cour estime en effet que les juges du fond auraient dû « *répondre aux conclusions du prévenu selon lesquelles une démolition porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale et à son domicile, en ce qu'elle viserait la maison d'habitation dans laquelle il vivait avec sa femme et ses deux enfants, et que la famille ne disposait pas d'un autre lieu de résidence malgré une demande de relogement* ». V. aussi, Crim., 22 septembre 2021, n°20-85.434, qui sera évoquée dans le prochain paragraphe.

² Civ. 1^{er}, 9 novembre 2016, n°15-25.068.

³ Nous soulignons à nouveau l'emploi des deux termes, qui est commun à tous les arrêts cités. Cela témoigne de l'unicité des traductions du contrôle de l'application de la loi, que nous mentionnions.

⁴ Civ. 1^{er}, 8 décembre 2016, n°15-27.201 : « *il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* ».

qui reprend mot pour mot cette formulation, ou encore dans un arrêt du 13 juin 2019¹. C'est aussi le cas dans les arrêts 7 novembre 2018², du 2 décembre 2020³, ou encore du 2 mars 2022⁴, même si la formulation est adaptée dans la mesure où il s'agissait de l'application de délais de prescription. Elle énonce ainsi qu'« *il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise⁵, la mise en œuvre de ces délais légaux de prescription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'intéressé, au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* ».

La chambre criminelle adopte une démarche pédagogique similaire, et demeure cohérente dans sa jurisprudence⁶. Par exemple, dans un arrêt du 22 septembre 2021⁷, elle distingue l'exercice d'un contrôle du contenu de celui de son application. En effet, elle mentionne d'abord que « *les articles 706-54 à 706-56, R.53-9 et suivants du code de procédure pénale, dans leur rédaction en vigueur à la date des faits, n'étaient pas contraires en eux-mêmes à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* ». Cela traduit ainsi l'exercice d'un contrôle direct du contenu de la loi, dans la droite lignée de ce qui avait été évoqué précédemment. Elle l'articule ensuite avec le contrôle de son application en validant le raisonnement de la Cour d'appel qui avait « *d'autre part, dans le cadre de l'exercice de son contrôle de proportionnalité, une disproportion entre les faits reprochés aux prévenus et l'atteinte au respect de leur vie privée résultant de l'enregistrement de leur empreinte génétique au FNAEG* » (§20). La mise à l'écart de la condamnation est ainsi approuvée par la Cour de cassation. Cela constitue d'ailleurs

¹ Civ. 1^{ère}, 13 juin 2019, n°18-19.100. La Cour estime en effet « *que, cependant, il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ce texte ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé, au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre est ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* ».

² Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2018, n°17-25.938.

³ Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n°19-20.279.

⁴ Civ. 1^{ère}, 2 mars 2022, n°20-23.282.

⁵ Nous soulignons à nouveau.

⁶ V., pour une bonne analyse, S. PELLÉ, « Contrôle de proportionnalité et droit pénal : quelle "doctrine" de la chambre criminelle ? », *D.* 2022, p.1186. La mention des précédents est ainsi au cœur de la méthode des contrôles de la loi, et sera mentionnée *infra* au titre de l'encadrement qu'elle implique, §359 et suiv. de la thèse.

⁷ Crim., 22 septembre 2021, n°20-80.489. Il s'agissait d'une action intentée par des militants écologistes, qui avaient décroché en mairie puis dérobés des portraits du Président de la République, pour se prendre ensuite en photo avec des banderoles défendant leur cause. Ils avaient refusé de se soumettre à un prélèvement biologique, qui aurait entraîné l'enregistrement de leur empreinte génétique au fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), ce qui était constitutif d'une infraction. L'action avait été menée dans différentes localités, ce qui avait conduit à différentes appréciations des juges du fond. Si le présent arrêt avait validé l'appréciation de la Cour d'appel de Bordeaux, un autre avait condamné celle de la Cour d'appel de Lyon qui avait quant à elle caractérisé l'infraction de vol. La Cour de cassation (arrêt du même jour n°20-85.434) casse la décision, selon le modèle cité dans le précédent paragraphe, en estimant qu'ils auraient dû « *rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si l'incrimination pénale des comportements poursuivis ne constituait pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression des prévenus* » (§17).

l'un des rares cas dans lesquels le contrôle de l'application de la loi conduit à l'éviction circonstanciée de la norme, aux côtés d'un précédent arrêt du 26 février 2020 qui concernait l'infraction d'exhibition sexuelle par une militante féministe¹. Une synthèse plus générale est enfin formulée dans trois arrêts plus récents de la chambre criminelle du 18 mai 2022², qui s'inscrivent harmonieusement au sein d'un tel mouvement³ et énoncent le plus explicitement la logique du contrôle de l'application de la loi en matière pénale. La chambre criminelle mentionne en effet que « *l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut, dans certaines circonstances, constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause* » (§9). Elle confirme ensuite la décision de la Cour d'appel qui avait procédé au contrôle de la compatibilité de l'application de l'incrimination de vol avec l'exercice de la liberté d'expression, pour considérer que la condamnation n'était pas disproportionnée. Un dernier cas, beaucoup plus rare, permet d'illustrer la possibilité pour la Cour de cassation de définir ledit contrôle.

54. La définition par la substitution de motifs. Dans une décision du 26 octobre 2016⁴, la chambre criminelle semble mobiliser elle-même un contrôle de l'application de la loi. Poursuivie pour diffamation par l'association Front National, une journaliste qui s'était infiltrée au sein du parti pour publier ensuite un livre utilise la nécessité d'informer le public pour se défendre. La chambre criminelle substitue ses motifs à ceux de la Cour d'appel. En effet, elle énonce d'abord que « *c'est à tort que la chambre de l'instruction retient que l'élément moral de l'escroquerie s'apprécie au regard du but poursuivi par l'auteur présumé des faits* ». Elle valide toutefois la décision en estimant « *que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* ». Il est ainsi question du contrôle de l'application de la loi, dans la mesure où

¹ Crim., 26 février 2020, n°19-81.827. La Cour de cassation concluait en effet que « *l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il résulte des énonciations des juges du fond que le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* ».

² Crim., 18 mai 2022, n°20-87.272, n°21-86.647 et n°21-86.685.

³ Il s'agissait d'ailleurs une nouvelle fois d'un vol de portraits du Président de la République accrochés dans des mairies par des militant écologistes, qui ont ensuite diffusé les photographies sur lesquelles ils étaient identifiés, tenant portraits et banderoles, tout comme dans les arrêts du 22 septembre 2021.

⁴ Crim., 26 octobre 2016, n°15-83.774.

certain paramètres, comme le rôle des journalistes, le fait que le propos concernait un parti politique, mais aussi la nature des agissements dénoncés, permettent d'écarter l'incrimination mais dans ce seul cas particulier. Elle pratique ainsi elle-même le contrôle, tout en le définissant implicitement. Un tel arrêt semble assez isolé, et avait été adopté bien avant les explicitations et efforts pédagogiques précités. Malgré cela, il n'est pas impossible que la Cour de cassation reproduise une telle solution, en cas d'erreur manifeste d'appréciation des juges du fond. En effet, elle achève les arrêts du 18 mai 2022 précités par une formule qui attire l'attention : après avoir validé l'appréciation de la Cour d'appel, elle mentionne que « *la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que [...] la condamnation n'est pas disproportionnée* ». Il nous semble déceler dans une telle formule un double sous-entendu. Le premier relève de la certitude : une réelle obligation pour les juges du fond de détailler la motivation est imposée. Le second relève davantage de l'hypothèse : la motivation détaillée serait nécessaire pour qu'elle puisse déceler une erreur manifeste d'appréciation dans l'exercice du contrôle de proportionnalité effectué, auquel cas elle se donnerait la possibilité de lui substituer ses propres motifs.

55. Synthèse. Une synthèse dédiée aux différentes formes de contrôle de la loi qu'a progressivement défini le juge judiciaire semble à nouveau s'imposer. D'abord, il est incontestable que le contrôle de la loi irrigue la plupart des contentieux, y compris en matière criminelle, et que sa diffusion est croissante : l'arrêt du 4 décembre 2013 était donc la première pierre d'un édifice en constante construction, qui tend à s'imposer dans le paysage juridique. Nous évoquerons toutefois *infra*¹ des cas – exceptionnels – d'exclusion du contrôle de l'application des lois qui nous semblent assez peu appropriés. Ensuite, contrairement au contrôle du contenu de la loi, le contrôle de son application semble prendre une figure unique, que la Cour de cassation explicite de manière uniforme au sein de chaque chambre : il s'agit ainsi simplement d'évincer la loi lorsque son application à l'espèce porte atteinte à un droit fondamental. Ses effets sont nécessairement cantonnés à l'affaire en cause, par le biais d'un contrôle systématiquement concret. De surcroît, il semble que les cas dans lesquels la loi est évincée soient très marginaux. Curieusement, à l'exception de l'arrêt du 4 décembre 2013, c'est d'ailleurs plutôt la chambre criminelle qui admet la mise à l'écart de certaines infractions dans les circonstances de l'espèce : elle maintient dans cette mesure un rôle prépondérant dans le contrôle de la loi, et fait preuve d'une grande pédagogie pour ce faire. Enfin, le contrôle que pratique la Cour de cassation est variable : si elle impose au juge du fond d'exercer un contrôle

¹ V. §115 et suiv. de la thèse.

de l'application des lois, en lui donnant parfois des directives plus ou moins détaillées pour étoffer la motivation de ses décisions, elle pourrait elle-même s'en charger dans de plus rares cas. La définition plus précise de son rôle semble ainsi en partie en construction, même si la Cour de cassation semble privilégier la délégation du contrôle aux juges du fond, ce qui n'était pas le cas du contrôle du contenu de la norme. Le dédoublement du contrôle de la loi par le juge judiciaire suit ainsi un régime qui diffère : les effets généraux du contrôle du contenu de la loi lui permettent de l'exercer, même lorsqu'il prend une dimension concrète ; tandis que les effets limités du contrôle de l'application de la loi et son caractère systématiquement concret cantonnent le plus souvent son office. Ce dernier aspect justifiera d'ailleurs pour partie la proposition formulée à l'issue du travail de thèse¹. Cette dualité dans la définition du contrôle se retrouve aussi dans celui qui est exercé par la Cour européenne des droits de l'homme. Le mouvement a toutefois été inverse, puisque son contrôle concernait initialement plutôt l'application des lois, et a ensuite très rapidement porté sur leur contenu, mais de manière seulement implicite.

II. Un contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme allant de l'application vers le contenu

56. La Cour européenne des droits de l'homme a suivi un cheminement inverse à celui du juge judiciaire. Initialement, elle a opté et affirmé avec force le cantonnement de son contrôle à l'application de la loi (A). Progressivement, elle en est venue à exercer aussi un contrôle de son contenu, mais qui demeure implicite (B). Le présent développement visera en partie à montrer que la distinction « contrôle abstrait » et « contrôle concret » ne retranscrit pas fidèlement les effets attachés au contrôle pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière peut ainsi pratiquer un contrôle dissimulé du contenu des lois, qui demeure toutefois concret puisqu'il prend en considération les circonstances de l'espèce. Autrement dit, le contrôle des multiples applications, dissimulé derrière leur caractère « concret », ne doit pas tromper sur la possibilité pour la Cour européenne d'exercer un contrôle indirect sur le contenu des normes en cause.

¹ Nous renvoyons aux §417 et suiv. et à l'article L441-1-1 de l'annexe 1, en ce qu'il mentionne le « contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application ».

A/ Un contrôle initialement cantonné à l'application de la loi

57. Un contrôle de principe de l'application des lois. Le juge européen a, très tôt, considéré qu'il n'est « *point appelé [...] à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de cette loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention* »¹. La définition du contrôle « concret » de conventionnalité, qui a justifié la distinction fondée sur les effets du contrôle, est ainsi posée dès 1962 par la Cour européenne, qui précise qu'elle n'entend donner à ses arrêts une autorité qui se cantonne seulement à l'affaire en question, seule l'application du texte au cas d'espèce étant sanctionnée. Elle le confirme ensuite en 1975², en énonçant qu'elle n'a pas à « *à statuer in abstracto sur la compatibilité [de dispositions de droit interne] avec la Convention. Saisie d'une affaire qui tire son origine d'une requête individuelle, elle ne se trouve appelée à se prononcer que sur le point de savoir si l'application de ces articles en l'espèce a enfreint ou non la Convention au détriment du requérant* ». Elle réitère en partie cette position en 1978³, puisqu'elle maintient que les requérants n'ont pas « *à se plaindre in abstracto d'une loi par cela seul qu'elle leur semble enfreindre la Convention. En principe, il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention ; elle doit avoir été appliquée à son détriment* ». Il n'est donc, initialement, aucunement question de vérifier la compatibilité du contenu d'un texte à la Convention. Cette position de principe demeure puisqu'elle a été réaffirmée plus récemment dans une décision du 5 décembre 2013⁴, où elle énonce clairement qu'elle n'a pas à « *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* ». Le parallèle peut ainsi être effectué avec l'actuel contrôle de l'application de la loi exercé par la Cour de cassation, qui emprunte cette même définition, comme on a pu le voir *supra*⁵. Les origines de la distinction « contrôle concret » et « contrôle abstrait » résident donc dans une distinction opérée par la Cour européenne, ensuite naturellement reprise par la Cour de cassation. Nous montrerons toutefois qu'une telle distinction peut être source de confusion, dans la mesure où

¹ CEDH, 27 mars 1962, *De Becker c/ Belgique*, n°214/56, §14. Dans le même sens, CEDH, Plén., 10 mars 1972, *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique*, n°2832/66, §22.

² CEDH, Plén., 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n°4451/70, *GACEDH* 2015 n° 27, p. 299.

³ CEDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c/ Allemagne*, n°5029/71, V. §33.

⁴ CEDH, 5 décembre 2013, *Kismoun c/ France*, n°32265/10, §28.

⁵ V. §47 et suivants de la thèse.

elle ne rend pas véritablement compte de l'objet du contrôle, ou du moins qu'elle peut être un refuge artificiel derrière lequel se retrancher y compris lorsqu'elle exerce un contrôle du contenu des normes : c'est pour cette raison que lui a été préférée la dichotomie « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » de la loi. Le cantonnement initial au contrôle de l'application des lois par le juge européen était aussi renforcé par les effets limités de ses arrêts à l'égard des autres États signataires.

58. Les effets limités des décisions de la CourEDH. L'autorité qui est conférée aux arrêts des juges de Strasbourg par la Convention européenne est par principe, dans les textes, limitée. En effet, aux termes de l'article 46, il est stipulé que les États « *s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ». Par conséquent, on peut en déduire que, théoriquement, un arrêt de la Cour n'a d'effet qu'à l'égard de l'État partie au litige, et non des autres États signataires. Cela entre en concordance avec le contrôle de la seule application des lois : les deux mêlés rendent l'autorité des arrêts de la CourEDH très limitée, puisque non seulement la décision n'aurait *a priori* pas vocation à s'imposer dans toutes affaires puisque cantonnée à l'affaire en cause, mais ne concernerait de surcroît que l'État partie au litige. Le juge européen a ainsi pu également en déduire qu'il convenait de laisser à l'État défaillant un maximum de marge de manœuvre pour prévenir le défaut de conformité de l'application de la norme nationale à un droit contenu dans la Convention. Elle a en effet estimé que ses arrêts n'avaient qu'un effet déclaratoire. Pour ce faire, elle rappelle dans l'affaire *Marckx*¹ qu'elle « *n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention* ». Une telle affirmation est d'ailleurs confortée par le fait que la Cour se cantonne à prescrire des mesures individuelles aux États signataires.

59. La prescription de mesures individuelles. Malgré ses réticences initiales à intervenir dans les moyens dont dispose l'État condamné pour se mettre en conformité avec les exigences posées par la Convention, la Cour européenne en est venue à imposer progressivement des mesures d'ordre individuel. En effet, dans un arrêt rendu en 1995², les juges de Strasbourg ont d'abord considéré « *qu'un arrêt constatant une violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure*

¹ CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n°6833/74, GACEDH, 3^e ed., 2005, V. §58.

² CEDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c/ Grèce*, n°14556/89, V. §34.

à celle-ci ». Puis, après avoir rappelé la liberté de choix des États pour se conformer à une décision constatant une violation¹, elle impose la mesure individuelle qui doit par principe être prise lorsque cela est possible, à savoir la réparation intégrale du préjudice de la victime de la violation de la convention². Ce genre de mesures correspond aux effets conférés au contrôle de la seule application des lois : lorsque qu'un préjudice est causé à la victime par la violation d'un des droits protégés par la Convention, imposer une réparation intégrale n'est pas la traduction d'une perte d'identité du contrôle puisque la mesure ne concerne que le requérant³. C'est d'ailleurs pour assurer cette réparation intégrale que la Cour européenne, suivie ensuite par la France, a émis l'idée de permettre la réouverture d'une procédure judiciaire en cas de violation des articles 5, 6 ou 7 en matière pénale⁴, ce qui constitue aussi une mesure individuelle compatible avec l'exercice d'un contrôle de la seule application des lois. Toutefois, il apparaissait parallèlement depuis longtemps que la Cour européenne cherchait tout de même, du fait de sa volonté de faire rayonner les droits fondamentaux de la Convention, à s'écarter des effets limités de son contrôle « concret » de conventionnalité. Elle pratique ainsi un véritable contrôle du contenu des lois, mais qui demeure implicite dans la mesure où il n'est pas réellement assumé.

B/ Le développement d'un contrôle implicite du contenu de la loi

60. Le dépassement des effets du contrôle de l'application des lois. « *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* ». Par cette formule, présente dans de très nombreux arrêts de la Cour européenne⁵, cette dernière

¹ Elle l'exprime de manière assez claire et étoffée, ce qui permet d'en déduire son attachement au principe : « *Les États contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation. Ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux États contractants : assurer le respect des droits et libertés garantis* ».

² « *Si la nature de la violation permet une restitution in integrum, il incombe à l'État défendeur de la réaliser, la Cour n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-même. Si, en revanche, le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 50 (art. 50) habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée* ».

³ La solution est d'ailleurs confirmée dans des arrêts ultérieurs, V. par ex CEDH, Gr. Ch., 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c/ Italie*, n°39221/98 et n°41963/98, V. § 249 ; CEDH, Gr. Ch., 23 janvier 2001, *Brumărescu c/ Roumanie*, n°28342/95, JCP G 2001, n°8, chron. F. SUDRE, V. §20. V. sur cette question du principe de réparation intégrale et de prescription de mesures individuelles, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 13ème édition, 2016, p.377, §238, et p.389, §245.

⁴ V. sur cette question, F. SUDRE, *op. cit.*, p. 390 et suiv.

⁵ V. par ex. CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/Belgique*, n°1471/62, 1677/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, série A n°6, §3 ; où elle mentionne aussi au §5 que « *le but que les Parties Contractantes se sont proposé d'atteindre, d'une manière générale, au moyen de la Convention européenne des Droits de l'Homme, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'Homme* ». V. aussi, CEDH, 21 février 1975, *Golder c/Royaume-Uni* préc., §35 ; CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*

entend donner à la Convention une portée qui lui a permis d'étendre les effets de ses arrêts, et d'imposer des obligations positives aux États signataires¹. Cette volonté de donner au texte de référence un effet utile² s'est aussi traduite par l'interprétation téléologique³ qui doit être faite des droits qu'elle contient. En effet, la Cour soutient en effet que « *s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu [...] de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties* »⁴. Elle définit d'ailleurs le traité européen comme étant « *un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles* »⁵, ce qui témoigne du caractère dynamique et évolutif qu'il convient de lui prêter. L'objectif de la Cour européenne des droits de l'homme sera donc non seulement de garantir l'effectivité des droits fondamentaux de son texte de référence en les interprétant de la façon la plus protectrice possible, mais aussi d'assurer leur adaptabilité en fonction des évolutions juridiques propres aux différents États signataires, afin de parvenir à un standard commun minimum de protection. Or, le contrôle d'une norme nationale cantonné à l'application à l'espèce en cause, au profit d'un seul requérant et à l'encontre d'un seul État signataire, semble peu adapté pour le satisfaire. C'est pour cette raison que progressivement, la Cour a développé des outils qu'elle a greffés à son contrôle qui l'éloignent de plus en plus d'un contrôle de l'application des lois, pour se rapprocher des effets d'un contrôle de leur contenu. Elle avait d'ailleurs, dès l'affaire *Marckx*, admis l'artificialité du cantonnement de son contrôle. Le juge européen estimait en effet que « *sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution* »⁶. Elle admet ainsi que l'effet restreint de sa décision au seul cas d'espèce puisse être illusoire, tout en maintenant un effet limité de ses décisions : « *mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre*

c/ Irlande, n°6289/73, §24 ; CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, préc. §31 ; CEDH, Gr. Ch., 24 juin 2004, *Hannover c/ Allemagne*, n°59320/00, §71.

¹ Dans l'affaire *Airey c/ Irlande*, il était ainsi question d'imposer à l'Irlande la mise en place d'un système d'aide juridictionnelle pour que soit garanti le droit au procès équitable.

² V. sur cette question L. FAVOREU, P. GAÏA, R. CHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^e ed., 2016, p.472, §541.

³ V., pour la place centrale qu'occupe cette méthode dans la jurisprudence de la Cour européenne, F. OST, M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p.274 et suiv.

⁴ CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c/ Allemagne*, n°2122/64, p.20, §8.

⁵ CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, n°5856/72, p.12, §31.

⁶ CEDH, 16 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, déc. préc., §58, l'affirmation étant juxtaposée à celle, précitée, dans laquelle la Cour s'estimait incapable de se livrer à un contrôle abstrait.

juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 ». Sa décision peut ainsi certes dépasser le seul cadre du litige, mais elle se refuse à faire intrusion dans le droit interne, laissant à l'État contractant le soin de prendre les mesures nécessaires pour entrer en conformité avec les droits contenus dans la Convention. Cette position est ensuite confirmée dans d'autres arrêts, en 1988¹, ou encore en 1997². Malgré ses affirmations, un premier pas semble franchi, d'un passage du contrôle de la seule application des lois, au sens retenu dans cette étude, à celui de leur contenu.

61. La prescription de mesures de portée générale. Dans certains cas, il a pu apparaître que certes l'application d'une norme causait un préjudice au requérant, mais qu'en réalité cela résultait plutôt de sa seule existence : celle-ci porterait par conséquent préjudice à tous ceux qui se la verraient appliquer³. C'était par exemple le cas encore une fois dans l'arrêt *Marckx*⁴, meilleur exemple pour illustrer le caractère implicite du contrôle du contenu que la Cour européenne exerce. Elle rappelle en effet que « *l'article 25 de la Convention habilite les particuliers à soutenir qu'une loi viole leurs droits par elle-même*⁵, en l'absence d'acte individuel d'exécution, s'ils risquent d'en subir directement les effets [...]. Telle est bien l'attitude des requérantes : elles s'en prennent à plusieurs articles du code civil qui s'appliquaient ou s'appliquent à elles automatiquement. En les dénonçant comme contraires à la Convention et au Protocole no 1, elles n'invitent pas la Cour à exercer un contrôle abstrait de normes, incompatible avec l'article 25 : elles s'attaquent à une situation légale [...] qui les touche personnellement »⁶. Cependant, la Cour européenne laisse à l'État défendeur le soin de prendre les mesures qui conviennent, sans lui imposer d'abroger ou de modifier sa législation en vue de la rendre conforme aux droits contenus dans la Convention. Elle franchit toutefois

¹ CEDH, 26 mai 1988, *Pauwels c/ Belgique*, n°10208/82, V. §41 où elle utilise une formule similaire : « *La Cour relève que ses arrêts laissent à l'État concerné le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53* ».

² CEDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n°22009/93, §112, où après avoir détaillé ce qui pour elle constituait une ingérence disproportionnée dans les droits de la requérante, elle estime qu'elle « *se limitera à la conclusion ci-dessus, car c'est à l'État qu'il appartient de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 de la Convention* ».

³ V. F. SUDRE, *op. cit.*, p.393 et suiv., §246.

⁴ Mais aussi dans l'arrêt *Klass* préc., §33. V. aussi CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n°7525/76, §42 et suiv.

⁵ L'utilisation du terme « par elle-même » inspire la distinction proposée dans l'étude entre contrôle du « contenu » et de « l'application », qui implique une dualité que permet moins la distinction « contrôle de la loi » et « contrôle de l'application de la loi ». En effet, dans ce dernier cas, la disjonction n'est claire que si elle est juxtaposée : utilisé seul, le terme « contrôle de la loi » peut prendre un sens plus général qui a justement conduit la Cour européenne des droits de l'homme à ajouter le terme « par elle-même ». Une telle expression est d'ailleurs aussi utilisée par le juge ordinaire, V. par exemple, CE, 26 décembre 2018, n°422330.

⁶ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, préc., §27.

une étape supplémentaire en 1991¹, dans une affaire similaire à celle de l'arrêt *Marckx* qui avait valu une condamnation de la Belgique, en estimant que si une réforme globale et profonde n'était pas exigée, il n'en demeurerait pas moins que « *la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991 [...] des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979* ». L'État qui ne modifierait donc pas une législation dont l'application était source d'inconventionnalité dans un cas d'espèce risquerait donc de nouvelles condamnations dans d'autres cas où serait soulevé un moyen similaire à l'encontre de la même norme. En creux, c'est ainsi une forme d'injonction à modifier le texte afin de le rendre conforme à la Convention qui est formulée par la CourEDH, ce qui constituerait une mesure de portée générale. La mouvance est d'ailleurs confirmée beaucoup plus clairement dans d'autres arrêts ultérieurs, dans lesquels le juge européen estime que « *l'Etat défendeur reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles est appelé [...] à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences* »². Il poursuit ensuite en ajoutant « *qu'en ratifiant la Convention les Etats contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci. Par conséquent, il appartient à l'Etat défendeur d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant* ». La prescription d'une modification substantielle du droit interne est ainsi davantage explicitée. Ce genre de mesures entre pourtant en contraction avec un contrôle cantonné à la seule application des lois. En effet, cela sous-entend que c'est en réalité le contenu de la norme qui est contrôlé et qui cause l'incompatibilité à la Convention, et non plus son application au seul cas d'espèce : une telle mesure vise à accomplir un objectif d'uniformisation des standards minimums de protection des droits fondamentaux dans tous les pays signataires, ce qui est peu compatible avec l'exercice d'un contrôle dont le résultat n'avait de conséquences que pour le requérant et l'État attaqué. La Cour européenne a dû ainsi adapter l'exercice de son contrôle « concret », en élargissant ses

¹ CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, n°12849/87, §26.

² CEDH, Gr. Ch., 17 février 2004, *Maestri c/ Italie*, n°39748/98, §47. V. aussi dans le même sens, et antérieurement, CEDH, *Scozzari et Giunta c/ Italie*, 13 juillet 2000, n°39221/98 et n°41963/98, §249 ; CEDH, 24 octobre 2002, *Pisano c/ Italie*, n°36732/97, §43.

effets¹. Pour cette raison, il semble plus approprié de parler d'un « contrôle implicite du contenu » de la norme : la Cour européenne pratique donc un contrôle, certes concret dans la mesure où la situation factuelle est mise en avant, mais dont les effets dépassent très largement la seule affaire en cause. La Cour de cassation le reconnaît d'ailleurs elle-même explicitement, s'agissant d'une affaire plus récente dans laquelle l'ineffectivité du référé-liberté était pointée du doigt par la Cour européenne s'agissant des conditions de détention². Le juge judiciaire, chargé ensuite de trancher à son tour sur la question, émet la réserve que « *les recommandations générales que contient cette décision s'adressent, par leur nature même, au Gouvernement et au Parlement. Cependant, il appartient au juge national, chargé d'appliquer la Convention, de tenir compte de ladite décision sans attendre une éventuelle modification des textes législatifs ou réglementaires* »³. L'autorité des arrêts du juge européen a dès lors très largement dépassé les limitations initiales que la Cour avait posées, qui permettent de considérer qu'elle pratique un contrôle concret et implicite du contenu de la norme.

62. Une extension de l'autorité des décisions de la CourEDH. L'une des traductions de l'obligation qui incombe aux États de rendre leur droit interne compatible avec la Convention est l'imposition au juge interne d'écarter la norme lorsque la Cour européenne a statué dans ce sens dans une précédente affaire. Progressivement, l'autorité des décisions du juge européen croît, elle dépasse son caractère relatif initial pour s'imposer à tous les États signataires⁴. Ainsi, dès 1993⁵, il apparaît que l'État qui laisse subsister, dans son droit interne, des dispositions analogues à celles d'un autre État partie à la Convention qui avaient fait l'objet d'une condamnation par les juges strasbourgeois dans une affaire antérieure similaire pouvait lui aussi

¹ Le Professeur SUDRE estime ainsi que « *la jurisprudence européenne marque donc un dépassement des termes de l'article 46, tel que la Cour n'entend pas limiter au seul cas d'espèce et au seul État condamné les effets d'un arrêt constatant une violation du fait d'une norme générale contraire à la Convention* », F. SUDRE, *op. cit.* p.394-395.

² V. CEDH, 30 janvier 2001, *JMB et autres c/ France*, n°9671/15. Après avoir pointé du doigt « *l'ampleur des conséquences de la vétusté d'une partie du parc pénitentiaire français* » (§219), elle mentionne que « *si le référé-liberté semble offrir un cadre juridique théorique solide pour juger d'atteintes graves aux droits des détenus, il ne peut être considéré comme le recours préventif qu'exige la Cour* » (§220) : cela témoigne bien du contrôle du contenu du droit français, qui n'ouvre pas de voie de recours satisfaisante pour remédier à des conditions de détentions contraires à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³ Crim., 8 juillet 2020, n°20-81.739.

⁴ V. dans ce sens, B. GENEVOIS, « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.281, spéc. p.285.

⁵ CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c/ Chypre*, n°15070/89, §20 à 24 : les juges européens estiment que « *l'interdiction d'actes homosexuels entre adultes mâles et en privé continue à figurer dans le recueil des lois. Malgré l'arrêt Dudgeon c/ Royaume-Uni, rendu le 22 octobre 1981 par la Cour européenne, la Cour suprême de Chypre a estimé [...] que les articles pertinents du code pénal ne violaient ni la Convention ni la Constitution* », avant de conclure à une ingérence dans la vie privée du requérant.

être condamné¹. Non seulement il est désormais question de l'examen des dispositions présentes en droit interne, et non de leur seule application, mais de surcroît les garanties évoquées dans un arrêt de la Cour européenne doivent s'imposer à tous². Cela confère une nouvelle forme d'autorité à ses décisions, qu'on a pu qualifier « d'interprétative »³. On est ainsi bien loin du contrôle de la seule application de la loi à l'espèce soumise à son appréciation puisque l'affaire en question n'est qu'un prétexte pour le juge européen pour statuer sur le contenu du droit de l'État qui fait l'objet d'une condamnation, et par extension de tous les pays signataires qui comporteraient des normes similaires. La volonté d'impulser des modifications substantielles sur le droit interne des différents États parties à la Convention n'est que très peu compatible avec l'exercice d'un contrôle où seule l'application de la norme ne serait sanctionnée que dans un cadre réduit au litige en cause et à la norme nationale. La Cour européenne a donc par ce biais considérablement étendu le champ de son contrôle, qui certes ne peut s'exercer que parce qu'un requérant a soulevé le moyen d'inconventionnalité, mais qui n'aboutit pas à une éviction restreinte de la norme à sa seule affaire. Par conséquent, on constate que pour asseoir la légitimité de ses arrêts, la Cour européenne a amorcé un mouvement qui l'a conduite à étendre considérablement leurs effets. D'abord cantonné à l'application de la loi de l'État partie au procès, son contrôle porte désormais sur son contenu et celui de tous les États comportant une législation analogue. C'est donc naturellement ce dernier contrôle dont s'était inspiré la Cour de cassation lorsque la compétence pour l'exercer lui a été confiée. L'un de ses premiers présidents, Guy CANIVET, affirmait d'ailleurs qu'elle assure « *la mise en cohérence de l'ordre juridique en supprimant toute contradiction entre les normes internes et les garanties*

¹ Dans le même sens, V. CEDH, 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c/ Espagne*, n°27671/95, V. not. §46, où la CourEDH y cite la totalité des principes généraux qu'elle avait dégagés dans ses jurisprudences antérieures, pour ensuite les appliquer à l'espèce qui lui est soumise, notant les efforts effectués par les autorités espagnoles pour s'y conformer et prévoir les garanties préconisées (§58). Elle souligne toutefois ensuite que « *la « loi » espagnole que le juge d'instruction devait appliquer aurait dû prévoir, avec suffisamment de précision, ces garanties* » (§60) et cite la décision dans laquelle elle avait posé les exigences requises, déjà rendues au moment où l'ingérence dans les droits du requérant était intervenue. Elle en conclut que « *le droit espagnol, écrit et non écrit, n'indiquait pas avec assez de clarté au moment des faits l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. M. Valenzuela Contreras n'a donc pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique (arrêt Malone précité, p. 36, § 79). Il y a donc eu violation de l'article 8* ».

² Elle affirme d'ailleurs elle-même que « *ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes* », V. CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n°5310/71, §154.

³ V. parmi de nombreux ouvrages, J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, Mission de recherche « Droit et justice », 2001, p.11 et suiv. ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 13ème édition, 2016, p.407, §250. V. aussi, J. ANDRIANTSIBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.11.

de la Convention, mais la particularité est que, ce faisant, la juridiction nationale modifie sa propre méthode juridictionnelle »¹. Pour ce faire, elle « doit examiner si les restrictions admissibles des libertés garanties par la Convention répondent au but poursuivi par la loi et lui sont proportionnées », en s'assurant notamment de la « nécessité et de la proportionnalité de son objet ». Ainsi était entendue classiquement la méthode de jugement qui devait être exercée par les magistrats du quai de l'Horloge, s'apparentant davantage à un contrôle de son contenu et non de son application à l'espèce, afin d'entrer en cohérence avec le contrôle préalablement exercé par la Cour européenne, dont les effets sont élargis. La Cour européenne a ensuite davantage assumé l'exercice d'un contrôle du contenu des lois, ce qui s'est traduit par l'adoption de la procédure des arrêts pilotes.

63. La traduction du contrôle du contenu par les arrêts pilotes. La Cour a inséré au sein de son règlement intérieur le 21 février 2011² la procédure de l'arrêt pilote au sein d'un article 61³. Il y est clairement mentionné qu'elle est notamment applicable « lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues »⁴. Cette formulation assez générale inclut notamment le cas où, par son contrôle, la Cour constate que c'est le contenu du droit de l'État en cause qui est jugé inconstitutionnel, et non son application au seul cas particulier qui lui est soumis. Cela tend à révéler la mutation des effets des arrêts du juge européen, qui l'assume désormais pleinement et en tire les conséquences d'un point de vue procédural. En effet, en vue de s'adapter à un nombre croissant de recours, la Cour peut désormais « indiquer dans l'arrêt pilote adopté par elle la nature du problème structurel ou systémique ou du dysfonctionnement qu'elle a constaté et le type de mesures de redressement que la Partie contractante concernée doit prendre au niveau interne en application du dispositif de l'arrêt »⁵. L'objectif est donc bien d'avoir la possibilité d'effectuer des préconisations générales pour indiquer de façon explicite à l'État condamné les mesures, qu'elles soient individuelles et/ou générales, qu'il devra prendre pour que cesse

¹ « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme », discours prononcé par Guy CANIVET, premier président de la Cour de cassation lors du séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'homme le 21 janvier 2005, site internet de la Cour de cassation.

² La mesure est par ailleurs issue d'une résolution adoptée le 12 mai 2004 (Res(2004)3) par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

³ V. F. SUDRE, *op. cit.*, p.396 et suiv., §247.

⁴ Règlement de la Cour, art. 61, §1.

⁵ Règlement de la Cour, art. 61, §3.

l'atteinte. La spécificité de cette procédure est que pendant le laps de temps qui peut être laissé à l'État pour s'y conformer, « *la Cour peut ajourner l'examen de toutes les requêtes procédant du même motif dans l'attente de l'adoption des mesures de redressement indiquées dans le dispositif de l'arrêt pilote* »¹. La logique d'une telle procédure s'extrait d'un contrôle cantonné à la seule application de la loi à l'espèce, pour constater de multiples atteintes causées par son contenu et proposer des mesures pour les faire cesser. Cette procédure avait été utilisée pour la première fois en 2004, avant que la Cour ne l'insère dans son règlement, dans l'arrêt *Broniowski*². Elle y considère en l'espèce que « *la violation du droit du requérant [...] tire son origine d'un problème à grande échelle résultant d'un dysfonctionnement de la législation polonaise* », et qu'elle « *n'a pas été causée par un incident isolé ni n'est imputable au tour particulier qu'ont pris les événements dans le cas de l'intéressé* »³. Il peut ainsi être mesuré à quel point l'appréciation de la distinction « contrôle concret » et « contrôle abstrait » ne suffit pas à décrire le contrôle opéré par le juge européen⁴. Elle poursuit en considérant que « *les faits de la cause révèlent l'existence dans l'ordre juridique polonais d'une défaillance, en conséquence de laquelle une catégorie entière de particuliers se sont vus, ou se voient toujours, privés de leur droit* » qui pourra « *donner lieu à l'avenir à de nombreuses requêtes bien fondées* ». La logique de l'arrêt pilote, s'est ainsi dégagée, et a ensuite été réutilisée à plusieurs reprises⁵.

64. Conclusion. On perçoit ainsi que le contrôle exercé par la Cour européenne est un contrôle tant de l'application que du contenu des lois, qui alterne plutôt vers l'un ou l'autre selon les nécessités de l'affaire : étendu au contenu si elle constate un dysfonctionnement causé par la norme qu'elle contrôle, et seulement à son application si ce n'est pas le cas. La logique est ainsi davantage utilitariste, et vise à assurer une protection plus ou moins étendue en fonction

¹ Règlement de la Cour, art. 61, §6, a). L'objectif est bien d'éviter une surcharge de la Cour lorsque beaucoup d'affaires similaires émanent d'une même disposition déclarée inconstitutionnelle. À noter que si l'État ne se conforme pas aux recommandations de l'arrêt pilote, la Cour pourra reprendre l'examen des requêtes qui avaient été ajournées, et ainsi procéder à de nouvelles condamnations (art. 61, §8).

² CEDH, Gr. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, n°3144/3.

³ Arrêt préc., §189.

⁴ Cela permet au Professeur SUDRE d'en déduire que « *le juge européen déborde là incontestablement sa compétence de rendre des arrêts déclaratoires* », *op. cit.* p.398, §247 3°. Il observe toutefois la présence de certaines confusions dans la jurisprudence de la Cour entre ce qui constitue un « problème structurel », des « affaires répétitives » et une « violation résidant dans une norme générale ». Il propose de les lever en conseillant d'affirmer simplement que « *l'article 46 fait l'obligation à l'État partie d'adopter des mesures de caractère général afin de remédier à toute violation trouvant sa source dans une norme générale ou dans une lacune de la législation interne et par l'indication des mesures à prendre* ».

⁵ CEDH, 22 décembre 2005, *Xenides-Arestis c/ Turquie*, n°46347/99 ; CEDH, 13 novembre 2007, *Ramadhi et autres c/ Albanie*, n°38222/02 ; CEDH, 23 novembre 2010, *Greens et M. T c/ Royaume-Uni*, n°60041/08 et n°60054/08.

de l'atteinte dont il est question. L'objectif demeure la garantie d'un standard minimum de protection commun à tous les pays signataires, qui l'a poussé à prendre des mesures non plus individuelles mais générales afin d'inciter l'État défaillant à adapter le contenu de sa législation aux exigences conventionnelles. La méthode européenne¹ s'est ainsi construite au fil de l'évolution de la jurisprudence de la Cour, la distinction entre contrôle abstrait et concret ne s'étant pas dégagée initialement de manière réellement identifiable et distincte². Elle ne nous semble désormais plus suffisante pour discerner les subtilités de son contrôle, et justifie le choix de la dichotomie entre « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application ». D'autant que, comme le souligne le Professeur FLAUSS, « *l'objectivation du contrôle judiciaire exercé par la Cour européenne, longtemps assimilée à un simple épiphénomène, est considérée, depuis une décennie, comme constitutive d'une évolution structurelle du contentieux européen des droits de l'homme* »³. Nous adhérons pleinement à cette analyse, la distinction proposée étant une clef de répartition qui semble utiles pour comprendre les évolutions récentes relatives aux rôles du juge national et du juge européen, qui apparaît équilibrée.

Section 2 : L'équilibre des contrôles par leur répartition renouvelée

65. Le fait que, d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme assume désormais sa capacité à contrôler le contenu des lois, et que, d'autre part, le juge judiciaire ait admis la possibilité d'en contrôler seulement l'application, conduit à une reconfiguration de leurs contrôles respectifs. Le contrôle complet est ainsi confié au premier chef au juge judiciaire (I), tandis que la Cour européenne est désormais chargée du contrôle des problèmes structurels, des violations les plus graves et des questions relatives à l'interprétation et à l'application de la

¹ C'est logiquement aussi le cas du contrôle de proportionnalité qu'elle exerce, qui sera évoqué dans la seconde partie de cette étude.

² Le Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA, affirme à ce titre, en ce qui concerne les méthodes d'interprétation de la Convention de la CourEDH, qu'il « *serait souhaitable également qu'elle ne se réfugie pas systématiquement derrière l'interprétation in concreto pour éviter de donner quelques directives générales d'interprétation de la Convention européenne. Parfois, il serait bénéfique à l'interprétation uniforme de la Convention européenne et au dialogue de la Cour avec les juridictions nationales que la Cour franchise le pas de l'interprétation in abstracto* », V. « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.167, spéc. p.191.

³ V. J.-F. FLAUSS « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p.2362. L'auteur fait notamment référence à une marginalisation du contrôle concret de la Cour européenne, voire à une reconnaissance explicite du caractère abstrait du contrôle par la Cour qui estime qu'elle « *est appelée à se prononcer sur une question de principe, celle de savoir si, en tant que telle, la législation incriminée opère une discrimination illicite entre les personnes se trouvant dans une situation analogue* » (CEDH, 16 mars 2010, *Carson et autres c/ Royaume-Uni*, n°42184/05, §62).

Convention (II). La mutation progressive des contrôles du juge européen et des juges internes assure ainsi une nouvelle répartition des contrôles, qui est un facteur de cohérence et d'équilibre.

I. Un contrôle complet exercé au premier chef par le juge judiciaire

66. L'exercice par le juge judiciaire du contrôle de la compatibilité tant du contenu que de l'application des lois nationales aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme découle en partie de l'adoption des protocoles 15 et 16, qui imposent implicitement par ce biais au juge judiciaire d'exercer un plein contrôle (A). Il convient toutefois de préciser que le double contrôle dont s'est saisi le juge judiciaire lui est désormais explicitement imposé par la Cour européenne des droits de l'homme (B).

A/ L'obligation textuelle implicite du double contrôle

67. Une reconfiguration causée par le surembretement de la Cour européenne. Le mouvement de réforme du système européen de protection des droits fondamentaux impulsé par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe découle notamment du souci de réduire le nombre d'affaires pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cela a fortement inspiré la première conférence qui s'est tenue à ce sujet en 2010, réunie à Interlaken, qui a fait l'objet d'une déclaration dans laquelle est mentionnée la « *profonde préoccupation que le nombre de requêtes individuelles introduites devant la Cour et l'écart entre les requêtes introduites et les requêtes traitées ne cessent d'augmenter* »¹. Il est ensuite explicité « *que cette situation nuit gravement à l'efficacité et à la crédibilité de la Convention et de son mécanisme de contrôle et qu'elle menace la qualité et la cohérence de la jurisprudence ainsi que l'autorité de la Cour* »². Ce problème est ensuite martelé à chaque conférence organisée en vue de poursuivre l'objectif de réforme, que ce soit en 2011 lors de la conférence d'Izmir³, en 2012

¹ Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Interlaken les 18 et 19 février 2010 à l'initiative de la présidence suisse du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, §7.

² *Ibid.* §8.

³ Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Izmir les 26 et 27 avril 2011 à l'initiative de la présidence turque du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, §12.

lors de celle de Brighton¹, ou encore en 2015 à Bruxelles², ou enfin en 2018 dans le cadre de la conférence de Copenhague³. En effet, l'année qui a suivi la première conférence, fin 2011, il y avait plus de 150 000 affaires pendantes devant la Cour⁴, contre un peu plus de 56 000 fin 2018⁵, et de 70 150 fin 2021⁶. L'un des moyens mis en avant pour parvenir à un tel résultat est la valorisation du principe de subsidiarité.

68. La valorisation du principe de subsidiarité. L'une des solutions envisagées⁷ dès la conférence d'Interlaken pour diminuer le nombre d'affaires pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme était de laisser une plus grande place au principe de subsidiarité⁸. S'appuyant sur les arrêts rendus par la Cour européenne, ce dernier doit être entendu dans un sens « subsidiarité-complémentarité », comme le souligne la note du juriste qui a suivi la Conférence d'Interlaken⁹. Il implique que « *la tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et non à la Cour. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que cette dernière peut et doit intervenir* »¹⁰. Apparaît ainsi l'idée d'une « responsabilité partagée », qui revient de manière récurrente dans la totalité des conférences et des discours relatifs au mouvement de réforme du système européen de protection des droits fondamentaux institué par

¹ Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Brighton les 19 et 20 avril 2012 à l'initiative de la présidence britannique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, §6.

² Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Bruxelles les 26 et 27 mars 2015 à l'initiative de la présidence belge du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, p.1, où sont salués les effets des mesures prises dans les conférences antérieures et leur mise en œuvre par la CourEDH. V. aussi le discours du président SPIELMANN, p.1, site internet de la Cour.

³ Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Copenhague les 12 et 13 avril 2018 à l'initiative de la présidence danoise du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, p.5, §42 et suiv.

⁴ Rapport annuel de 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, p.156. À noter que le président Jean-Paul COSTA fait explicitement référence à l'augmentation significative des affaires pendantes portées devant la Cour, et salue les initiatives issues de la Conférence d'Interlaken pour y remédier, V. p.40.

⁵ Statistiques annuelles 2018, affaires pendantes, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁶ Analyse statistique 2021, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁷ D'autres mesures ont évidemment été prises, comme un filtrage plus étroit des requêtes, des conditions plus strictes pour l'introduction des requêtes individuelles, la procédure de l'arrêt pilote ou encore assurer une meilleure exécution des arrêts de la Cour, ce qui a été notamment une des préoccupations majeures de la Conférence de Bruxelles.

⁸ Cela a d'ailleurs été indiqué dans le rapport annuel de la Cour européenne des droits de l'homme de 2010, V. p.5 et p.15, site internet de la Cour.

⁹ Suivi d'Interlaken, note du juriste à propos du principe de subsidiarité, 8 juillet 2010, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁰ Doc. préc., p.2. Par opposition à la « subsidiarité-concurrence » que l'on peut retrouver en droit de l'Union européenne, où le modèle d'intégration des pays membres aboutit à une répartition de leurs compétences respectives. V. dans le même sens, D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.15, spéc. p.27.

le Conseil de l'Europe¹. Il appartiendrait aux États, particulièrement au travers de leurs juridictions internes, de favoriser l'expression d'un dialogue avec la Cour européenne aux fins d'assurer une protection harmonieuse et efficace des droits fondamentaux. L'objectif est de permettre la résolution par les États des problèmes structurels et endémiques que la CourEDH constate afin de la désencombrer des affaires répétitives, et que soit exercé un contrôle en amont par les juges internes dans le même but. La traduction de cette volonté s'est ensuite opérée avec l'adoption des protocoles 15 et 16.

69. La consécration du principe de subsidiarité par l'adoption du protocole 15. Le 24 juin 2013, à la suite des déclarations d'Interlaken, d'Izmir et surtout de Brighton, le protocole 15 est ouvert à la signature. Étant un protocole d'amendement, il nécessite la ratification de tous les États parties à la Convention pour entrer en vigueur. La dernière signature, celle de l'Italie, a été obtenue le 21 avril 2021, pour une entrée en vigueur le 1^{er} août 2021. Le nouveau protocole modifie le préambule de la Convention, en intégrant un nouveau considérant consacrant textuellement le principe de subsidiarité dans les termes qui suivent : « *Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention* ». La répartition des rôles de chacun est ainsi clairement définie dans le texte, dans la lignée de la jurisprudence européenne : les États signataires, et au premier chef les juges internes, sont chargés du contrôle de la norme au regard des droits contenus dans la Convention, tandis que les juges de Strasbourg ne sont chargés que de contrôler qu'ils s'en soient correctement chargés. Le contrôle de l'application des lois tel qu'il a été intégré en France par le juge judiciaire peut ainsi trouver une forme d'assise textuelle indirecte, même s'il n'est aucunement question de méthode dans la lettre du texte. Toujours est-il que consacrer textuellement ce principe revient à considérer que le juge interne doit mettre en œuvre tous les moyens qu'il juge adaptés pour contrôler la norme, ce qui peut notamment passer par un contrôle de son application et non plus seulement de son contenu. L'articulation d'un double contrôle des lois semble donc bien s'inscrire en harmonie avec la valorisation du principe de subsidiarité. Le Professeur SUDRE

¹ Déclaration d'Interlaken de 2010, p.2, (3) ; Déclaration d'Izmir de 2011, p.1, §6 ; Discours d'Izmir du président COSTA, p.2 ; Déclaration de Brighton de 2012, p.1, §3-4, et p.4, c) ; Discours de Brighton du président BRATZA, p.2 et 6 ; Déclaration de Bruxelles de 2015, dont le titre est précisément « La mise en œuvre de la CEDH, notre responsabilité partagée », p.5 ; Discours de Bruxelles du président SPIELMANN, p.4 ; Déclaration de Copenhague de 2018, p.1, §6, p.2, §10-16, et p.4, §33 ; Discours de Copenhague du président RAIMONDI, p.1.

estime d'ailleurs que « le Président Louvel est parfaitement fondé à lier la réflexion sur le contrôle de proportionnalité au principe de subsidiarité, désormais inscrit par le protocole 15 [...] dans le préambule de la CEDH [...] et à inciter la Cour de cassation à “trouver la voie devant lui permettre d'investir pleinement la marge nationale d'appréciation que la Cour de Strasbourg lui reconnaît et l'invite même à exercer effectivement”¹ »². Le principe de subsidiarité est également valorisé par l'adoption du protocole 16, et avec lui l'exercice par le juge interne du double contrôle précité.

70. Une valorisation accrue de la subsidiarité par l'adoption du protocole 16.

L'ouverture aux signatures et aux ratifications du protocole 16 intervient quelques mois plus tard, le 2 octobre 2013³. Ce dernier est cette fois facultatif, mais a pu entrer en vigueur le 1^{er} août 2018 après sa ratification par la France, 10^{ème} pays à l'avoir effectuée⁴. Ce protocole novateur permet d'instituer une saisine pour avis, à l'initiative des plus hautes juridictions internes et à destination de la Cour européenne des droits de l'homme. L'objectif est annoncé en préambule : « l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité »⁵. Le lien avec le principe de subsidiarité est ainsi explicité, la procédure d'avis permettant aux juridictions internes d'avoir un éclairage « sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »⁶. En creux, l'avis de la Cour européenne doit pouvoir permettre aux hautes juridictions internes qui auraient un doute lorsqu'elles pratiquent un contrôle du contenu et de l'application des lois, d'en référer directement aux juges de Strasbourg afin que ce dernier soit levé⁷. Libre à elles de le suivre

¹ Le Professeur SUDRE cite ainsi le Président LOUVEL, V. B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.

² V. « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doct. 289, p.504, §6.

³ V. not., F. SUDRE, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n°16 », *JCP G* 2018, doct. 473.

⁴ Cela est d'ailleurs salué par le Président RAIMONDI dans son discours prononcé dans le cadre de la conférence de Copenhague des 12 et 13 avril 2018 : « Today is an important day in the history of the Convention. The French Minister of Justice, Nicole Belloubet, will ratify this morning Protocol No. 16 to the Convention [...]. This brings the number of ratifications to 10, which is the number required for the Protocol to come into force ».

⁵ L'objectif est d'ailleurs rappelé sensiblement dans les mêmes termes dans le discours du Président RAIMONDI précité : « this new competence which extends the Court's advisory jurisdiction, aims to foster an institutionalized dialogue between courts and to reinforce domestic implementation of the Convention in accordance with the principle of subsidiarity ».

⁶ Article 1 du protocole, §1.

⁷ À noter que l'avis doit être motivé et comprendre « les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante » (Art. 1, §3), ce qui permet à la Cour d'y répondre comme elle l'aurait fait si l'affaire lui avait été directement soumise. Cette idée est renforcée par l'article 4 qui impose la motivation des avis rendus, la présence des opinions dissidentes, tout comme dans ses décisions habituelles.

ensuite ou non, les avis étant seulement consultatifs¹, mais cela permet cependant de donner plein effet au principe de subsidiarité dans la mesure où la décision prise, probablement la plupart du temps conformément à l'avis de la Cour², n'en demeurera pas moins celle du juge interne. De plus, il paraît peu probable que le requérant souhaite contester une décision d'une juridiction suprême qui aurait suivi un avis de la Cour européenne : le protocole 16 est par ce biais une neutralisation potentielle d'une action. L'objectif de diminution du nombre de recours par la valorisation du principe de subsidiarité³ et du contrôle de l'application des lois exercé par le juge interne s'en trouve donc renforcé de ce point de vue. Le plein exercice du principe de subsidiarité a impliqué pour la Cour européenne d'imposer l'utilisation par le juge national du contrôle de l'application des lois à l'espèce soumise à son appréciation.

B/ L'obligation jurisprudentielle explicite du double contrôle

71. L'indexation du contrôle du juge interne au principe de subsidiarité. Très tôt, le juge européen a su mettre en valeur le principe de subsidiarité lorsqu'il a mis en œuvre son contrôle de proportionnalité. Dès 1968, il estime qu'il « *ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi [il] perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* »⁴. Plus récemment, elle n'hésite d'ailleurs pas à affirmer dans l'affaire *Austin* que « *la subsidiarité est l'un des piliers de la Convention* »⁵. La Cour européenne avait aussi précisé son propre rôle dans l'affaire *Handyside*⁶, qui est « *d'assurer le respect des engagements [des États signataires]* », et de « *statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec [les droits garantis par la Convention]* »⁷. Elle estime ensuite que « *son rôle de surveillance [lui] commande de prêter une extrême attention aux principes propres à une*

¹ Article 5 du protocole 16.

² On imagine assez mal une Haute juridiction solliciter un avis de la Cour pour ne pas le suivre ensuite. V. dans ce sens F. SUDRE, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* 2013, doctr.1086, §13.

³ La Cour européenne souscrit elle-même à cette analyse, V. Avis de la Cour sur le projet de protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée le 6 mai 2013, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, p.1, §4.

⁴ CEDH, 23 juillet 1968, « *Affaire linguistique belge* » préc., §10 *in fine*. V. dans le même sens, CEDH, Gr. ch., 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie*, n°36813/97 §140 ; CEDH, Gr. Ch., 13 décembre 2016, *Paposhvili c/ Belgique*, n°41738/10 §184. V. par ex. H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 6^e édition, 2017 p.149, §125

⁵ CEDH, Gr. Ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*, n°39692/09, n°40713/09 et n°410008/09, §61.

⁶ CEDH, Plén., 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, préc., §48.

⁷ Déc. préc., §49. V. dans le même sens, CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*, déc. préc., §94 ; CEDH, Gr. Ch., 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c/ Suisse*, déc. préc., §63 ; CEDH, 20 mars 2018, *Şahin Alpay c/ Turquie*, n°16538/17, §75.

"société démocratique" ». Certes les États et le juge national ont une certaine liberté dans l'édiction et l'interprétation des normes nationales, mais leur exercice est ensuite subordonné au contrôle de la Cour européenne. On notera que dans cette décision, la répartition des rôles entre juges européens et juges nationaux est assez claire : il revient aux seconds le soin de pratiquer eux-mêmes un contrôle de proportionnalité, les premiers ne le faisant qu'à défaut. En effet, « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre »¹. La Cour estime qu'il appartient « aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de "nécessité" ». Elle fait ainsi référence à ses propres modalités de contrôle, qui devraient être celles du juge national, mais ce n'est que récemment que le contrôle de l'application de la loi est lié au principe de subsidiarité.

72. Contrôle de l'application des lois par le juge interne et principe de subsidiarité.

Si le principe de subsidiarité avait été valorisé depuis longtemps par la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne mentionnait pas réellement l'objet du contrôle exercé par les juges internes. Elle ne l'explique que très récemment, dans l'arrêt *Charron et Merle-Montet c/ France*², au travers de la condition de recevabilité qu'est l'épuisement des voies de recours internes³. Elle avait certes eu l'occasion de construire une jurisprudence fournie sur cette question⁴, mais elle évoque pour la première fois, dans cet arrêt, l'exercice d'un contrôle de l'application de la norme en tant qu'élément constitutif d'une condition de recevabilité de la requête. En effet, elle énonce que « le contrôle de conformité d'une mesure individuelle à la Convention effectué par le « juge ordinaire » » peut conduire à ce que soit caractérisée son

¹ CEDH, *Handysde*, déc. préc., §48.

² CEDH, 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c/ France*, n°22612/15.

³ Cette condition étant par ailleurs la traduction procédurale la plus explicite du principe de subsidiarité.

⁴ Elle assouplit par exemple la condition en considérant qu'un recours « normalement disponible n'est pas « à épuiser » lorsqu'il est démontré dans un cas particulier qu'il se heurterait à une jurisprudence contraire établie dans des affaires similaires et qu'il serait donc voué à l'échec », CEDH, *Charron et Merle-Montet c/ France*, déc. préc., §23 ; V. dans le même sens, CEDH, Gr. Ch., 6 mai 2003, *Kleyn et autres c/ Pays-Bas*, n°39343/98, n°39651/98, n°43147/98, n°46664/99, §156 ; CEDH, Gr. Ch., 16 mars 2010, *Carson et autres c/ Royaume-Uni*, n°42184/05, §58 ; CEDH, 31 août 2010, *Gas et Dubois c/ France*, n°25951/07 où la Cour estime que « eu égard à l'autorité de la Cour de cassation dans le système juridictionnel français, ainsi qu'à la nature des arrêts rendus le 20 février 2007, qui règlent clairement et sans ambiguïté une question de droit qui faisait auparavant l'objet d'interprétations divergentes par les juridictions du fond, la Cour estime que, dans un tel contexte juridique, les requérants pouvaient légitimement déduire de la jurisprudence de la première chambre civile qu'en l'espèce, un pourvoi en cassation devant cette même instance eût été voué à l'échec » et que donc la condition d'épuisement des voies de recours internes pouvait être assouplie.

incompatibilité, « par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause »¹. Elle ajoute ensuite que « l'obligation d'épuiser préalablement les voies de recours internes vise, entre autres, à donner aux États membres la possibilité de redresser la situation qui fait l'objet de la requête avant de devoir répondre de leurs actes devant un organisme international. [...] Il est en effet primordial lorsque la Cour aborde la question complexe et délicate de la balance à opérer entre les droits et intérêts en jeu dans le cadre de l'application de cette disposition que cette balance ait préalablement été faite par les juridictions internes, celles-ci étant en principe mieux placées pour le faire »². Elle en conclut enfin qu'« en définitive, vu l'importance du principe de subsidiarité [...], faute d'avoir saisi les juridictions administratives d'un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision [contestée], les requérantes n'ont pas épuisé les voies de recours internes, au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. La requête doit donc être rejetée en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention »³. Il est donc ainsi clairement fait référence au contrôle de l'application des lois qui est désormais pratiqué par les juges internes français, qui permet selon la Cour une pleine expression du principe de subsidiarité. Par conséquent, le choix du Conseil d'État et de la Cour de cassation de diversifier leurs méthodes de contrôle semble avoir été bien réceptionné par les juges strasbourgeois⁴. La question qu'il est possible de se poser et de savoir si un retour en arrière serait désormais possible au vu de cette décision.

73. L'impossible retour à un contrôle cantonné au contenu des lois. L'intégration par le juge judiciaire du contrôle de l'application des lois étant désormais reconnue par le juge supranational, on peut douter de l'intention de ce dernier de n'en faire désormais qu'une option. En effet, affirmer le caractère « *primordial* » dudit contrôle exercé par les juges internes ne revient-il pas à considérer que le principe de subsidiarité ne peut s'exprimer pleinement que si un double contrôle est effectué ? Il s'agirait ici en réalité de supposer qu'*a contrario*, si le juge judiciaire ou administratif choisissait de retourner à un contrôle seulement cantonné au contenu des lois, il s'exposerait à une sanction supranationale. Comme le souligne le Professeur MARGUÉNAUD, « cela ne revient pas seulement à encourager la Cour de cassation et le Conseil d'État à continuer de l'exercer : c'est les avertir que le principe de subsidiarité ne peut

¹ CEDH, *Charron et Merle-Montet c/ France*, déc. préc., §28.

² *Ibid.*, §27.

³ *Ibid.*, §31.

⁴ Il n'est donc pas question de déduire de cette décision que le contrôle de conventionnalité exercé par le juge judiciaire doit être exclusivement concret, comme le souligne le Professeur AFROUKH, V. M. AFROUKH, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF* 2019, chron. n°4, p.2.

s'épanouir que si les juridictions nationales jouent le jeu du contrôle de proportionnalité in concreto »¹. Il conclut ensuite, et on adhèrera à cette analyse, « *qu'en se faisant prendre au mot par la Cour européenne des droits de l'homme, la France a puissamment contribué à placer le contrôle de proportionnalité in concreto par ses plus hautes juridictions sous l'influence du principe de non régression* »². D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de sanctionner la France par le reproche de l'absence d'exercice d'un contrôle de l'application des lois³. Le fait que le juge interne exerce au premier chef le contrôle tant du contenu que de l'application des lois est partiellement la conséquence d'une réorientation de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme.

II. Une compétence plus ciblée du juge européen

74. La répartition entre les rôles du juge national et européen qui s'est progressivement dessinée conduit à confier à ce dernier le contrôle des problèmes structurels, des violations les plus graves et des questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention. Il convient de montrer d'abord que la compétence confiée à la Cour européenne des droits de l'homme doit être appréciée de manière flexible (A). Cette nouvelle répartition traduit toutefois l'existence de risques liés au recul excessif de la compétence du juge européen, qui peuvent néanmoins être relativisés (B).

A/ L'appréciation flexible du contrôle des problèmes structurels, des violations les plus graves et des « questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention »

¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », CEDH, 16/01/2018, n°22612/15, *RTD Civ.* 2018, p.349. V., dans un sens similaire, V. H. FUCLHIRON, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, spéc. p.252, dans lequel l'auteur estime que l'utilisation du contrôle de l'application des lois permet d'éviter au juge interne « *d'attendre, l'arme au pied, d'être mis en joue par la Cour européenne des droits de l'homme lorsque, à l'évidence, une application stricte de la règle ne peut que susciter une censure de Strasbourg* ».

² Dans un sens similaire, le Professeur RAOUL-CORMEIL estime que « contrairement à ce que l'on a pu en penser, l'examen de la proportionnalité mis en place par la Cour de cassation en 2013 est peut-être la réponse la plus adaptée aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme », V. G. RAOUL-CORMEIL, « La Cour EDH et la prévisibilité des décisions en droit de la famille », in A. GOUËZEL, J.-R. BINET (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.15, spéc. p.30.

³ CEDH, 18 septembre 2014, *Brunet / France*, n°21010/10.

75. Une évolution du rôle de la Cour déjà mentionnée dans les Déclarations. Peu évoqué lors de la Déclaration d'Interlaken, mais présent dans celle d'Izmir¹, le principe d'une évolution du rôle de la Cour était présent en creux, mais c'est surtout à partir de la Déclaration de Brighton qu'elle est réellement explicitée. En effet, des développements sont spécifiquement consacrés à l'avenir à plus long terme du système de la Convention et de la Cour européenne. Il est ainsi mentionné qu'« *un processus est nécessaire pour anticiper les défis qui se profilent et développer une vision de l'avenir de la Convention* »² dans le cadre duquel il faut « *évaluer le rôle fondamental et la nature de la Cour* »³. Pour ce faire, il faut que cette dernière puisse « *jouer à plus long terme un rôle plus ciblé et plus concentré* »⁴. La Déclaration va toutefois encore plus loin, en définissant explicitement quel serait le rôle qui devrait lui être confié : « *Grâce à une meilleure mise en œuvre au niveau national, la Cour devrait être en mesure de concentrer ses efforts sur les violations graves ou répandues, les problèmes systémiques et structurels, et les questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention et de ce fait aurait à redresser par elle-même un moins grand nombre de violations et en conséquence à rendre un moins grand nombre d'arrêts* »⁵. La volonté de réduire le rôle des juges strasbourgeois et de valoriser plus largement le contrôle exercé par les juges internes est donc ici clairement exprimée, et va dans le sens de l'article 41 du règlement intérieur de la Cour tel que modifié en 2009⁶. Cette volonté est ensuite réaffirmée dans les Déclarations ultérieures, que ce soit celle de Bruxelles⁷ ou plus récemment, celle de Copenhague⁸. Reste toutefois à définir ce que constituent « les problèmes structurels », ou « les violations graves ou répandues » ou encore « les questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention ».

¹ Déclaration d'Izmir, p.2, §15 où est rappelée « *la nécessité de poursuivre une réflexion stratégique à long terme sur le rôle futur de la Cour afin d'assurer le fonctionnement durable du mécanisme de la Convention* ».

² Déclaration de Brighton, p.8, §30.

³ *Ibid.*, §31.

⁴ *Ibid.*, §32.

⁵ *Ibid.*, §33.

⁶ L'article 41 dudit règlement dispose en effet que « *pour déterminer l'ordre dans lequel les affaires doivent être traitées, la Cour tient compte de l'importance et de l'urgence des questions soulevées, sur la base de critères définis par elle. La chambre et son président peuvent toutefois déroger à ces critères et réserver un traitement prioritaire à une requête particulière* ». Ainsi, les critères précités peuvent aisément s'inclure dans ce cadre.

⁷ Déclaration de Bruxelles, p.2, i.

⁸ Déclaration de Copenhague, p.1, §3, où est soulignée la nécessité de permettre l'épanouissement d'un système « *dans lequel la Cour peut concentrer ses efforts sur l'identification des violations graves ou répandues, sur les problèmes systémiques et structurels et sur les questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention* ».

76. Une définition flexible des « problèmes structurels », des « violations graves ou répandues » et des « questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention ». Une première observation semble pouvoir être formulée, à savoir qu'il ne paraît pas que ces trois catégories soient hermétiques. En effet, un problème structurel peut sans conteste être une violation répandue, et il paraît assez peu probable, inversement, qu'une violation répandue puisse ne pas découler d'un problème structurel. L'identification de ces deux cas semble ainsi aisée, les deux termes pouvant être assez facilement assimilés. En revanche, il en va autrement en ce qui concerne la gravité de l'atteinte, puisqu'un problème structurel ou une atteinte répétée n'est pas nécessairement « grave », encore qu'on puisse considérer que la gravité résulte précisément du fait qu'elle concerne un grand nombre de requérants potentiels, et qu'ainsi elle découle du caractère répété. La violation pourrait toutefois être aussi déliée de tout caractère répétitif, en n'étant caractérisée que dans une seule affaire et faire l'objet d'un contrôle du juge européen cantonné à l'application du texte, ce qui laisse une liberté d'interprétation¹. Enfin, en ce qui concerne « les questions importantes relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention », là encore, le critère peut être couplé à tous les précédents : un problème structurel, une atteinte grave ou répétée a de fortes chances de soulever une telle question. Toutefois, l'inverse ne se vérifie pas nécessairement. Il est ainsi possible de considérer sans grande difficulté que les différentes formulations utilisées n'ont pas pour objectif d'imposer un cadre d'intervention rigide aux juges de Strasbourg, mais simplement de l'assigner à un nouveau rôle qu'elle peut elle-même circonscrire en adoptant sa propre interprétation des critères précités. L'idée est ainsi de diminuer le nombre d'affaires pendantes, d'accroître le rôle du juge interne en revalorisant le principe de subsidiarité, sans limiter excessivement celui de la Cour. Le contrôle des problèmes structurels était, comme nous l'avons vu, déjà utilisé.

77. Un contrôle des problèmes structurels déjà exercé. On a pu l'observer précédemment, le mouvement d'un contrôle de l'application vers un contrôle du contenu de la

¹ Cela se traduit d'ailleurs au sein de la politique de priorisation pratiqué par la Cour, qui peut varier au cours du temps. En effet, « elle a établi sept catégories allant des affaires urgentes concernant des requérants vulnérables (catégorie I) aux affaires manifestement irrecevables, qui sont traitées par un juge unique (catégorie VII). Après avoir dressé un bilan de cette politique, elle vient d'apporter un certain nombre de modifications aux catégories de priorité. Ces modifications ont pris effet le 22 mai 2017 ». Cela lui a permis d'exclure les affaires inter-étatiques, « compte tenu de leur spécificité, qui appelle en toute hypothèse un traitement procédural spécial », ou encore d'étendre « la définition des affaires relevant de la catégorie I de telle manière que cette catégorie couvre à présent les cas de « privation de liberté du requérant en conséquence directe de la violation alléguée de droits consacrés par la Convention » ». V. la note portant sur la politique de priorisation de la Cour européenne des droits de l'homme, 2017, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

loi de la Cour européenne est bien réel. Et il l'est notamment lorsque sont en jeu des questions relatives à des problèmes structurels, c'est-à-dire lorsque c'est le contenu de la norme qui engendre des violations systématiques de droits contenus dans la Convention. L'application de la norme au cas d'espèce conduira nécessairement à des atteintes répétées, ce qui a notamment justifié l'adoption de la procédure des arrêts pilotes. Le contrôle exercé par la Cour européenne porte donc dans ces cas de figure sur le contenu de la norme, ce qui est l'une des traductions les plus flagrantes de l'évolution de son rôle. La prescription de mesures de portée générale, comme cela a été mentionné, cadre donc bien aussi avec cette conception d'une Cour européenne chargée de contrôler directement le contenu des lois internes et d'indiquer aux États comment remédier aux dysfonctionnements qu'elle constate. Il faut toutefois noter que la subsidiarité reste le principe en la matière : si les problèmes structurels sont dénoncés par les juges internes lorsqu'ils utilisent préalablement eux-mêmes un contrôle du contenu des lois, le contrôle de la CourEDH devient sans intérêt. L'articulation par le juge judiciaire du double contrôle, tant du contenu que de l'application des lois, trouve donc dans cette mesure tout son sens. En effet, pratiquer préalablement un contrôle du contenu de la norme lui permet d'anticiper celui qui serait exercé par les juges strasbourgeois sur des « problèmes structurels », et ainsi d'éviter des condamnations. À noter qu'avec l'adoption du protocole 16 et sa ratification par la France, la collaboration entre la Cour de cassation et le juge européen pourrait favoriser un contrôle conjoint des problèmes structurels.

78. Avis et contrôle conjoint des problèmes structurels. La saisine pour avis pourrait de ce point de vue être aussi utile aux magistrats du quai de l'Horloge, lorsqu'ils constatent eux-mêmes un risque de violations systématiques : concentrer un certain nombre d'affaires et demander plusieurs avis simultanés qui concernent une même norme et son application pourraient permettre de renforcer l'autorité de sa propre jurisprudence, dans un esprit de dialogue et de collaboration entre les juges nationaux et supranationaux. En effet, la sollicitation d'avis multiples à propos d'une même norme, couplée au constat d'une incompatibilité du contenu de la norme par la Cour européenne, qui serait ensuite suivi par les hauts magistrats de l'ordre judiciaire, accroîtraient la légitimité et l'impact de ses propres décisions. Du point de vue de la Cour européenne, cela lui permettrait de s'assurer de la bonne exécution de ses arrêts, par le juge interne d'abord, puis par les autorités politiques de l'État en cause¹. Une telle logique

¹ V. dans le même sens, F. SUDRE, art. préc. §13, où l'auteur estime que la procédure d'avis « *conforte l'autorité de la juridiction nationale qui va pouvoir s'appuyer sur une base solide quant à l'interprétation de la Convention* »

aurait par exemple pu être utilisée concernant la garde à vue¹, et pourrait être intéressante en cas d'atteintes au droit de propriété, à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants causés par de mauvaises conditions de détention des détenus, ou encore en cas de durée excessive de procédures, qui sont un terreau privilégié d'atteintes systématiques. La proposition formulée à l'issue de l'étude, de créer un véritable avis en conventionnalité mis à la disposition des juges du fond, renforcerait une telle complémentarité dans la mesure où il pourrait être transmis directement à la Cour européenne. La répartition des rôles en matière de contrôle des problèmes structurels semble être ainsi plutôt aisée, le contrôle exercé étant essentiellement abstrait, contrairement au contrôle des « atteintes graves » et des « questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la convention ».

79. Un contrôle approfondi des « atteintes graves », et des « questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention ». Concernant les « atteintes graves » d'abord, il semble que dans la mesure où elles peuvent être appréciées dans le cadre d'affaires isolées, la CourEDH conserve la possibilité d'exercer un contrôle de l'application. Son contrôle devrait donc, même dans ce cadre, s'articuler avec celui qui serait préalablement exercé par le juge interne. Toutefois, « l'atteinte grave » pouvant découler d'un problème structurel, un contrôle du contenu de la norme n'est pas totalement exclu. Quant à l'examen de la gravité de l'atteinte, qui conditionnerait l'exercice du contrôle du juge européen, il lui est encore une fois confié. À noter qu'on pourrait supposer que l'appréciation d'une telle gravité soit reliée à l'exigence d'un préjudice important, qui avait été ajouté par le Protocole 14² à l'article 35 de la Convention. En effet, la Cour peut déclarer irrecevable toute requête lorsqu'elle estime que « *le requérant n'a subi aucun préjudice important* »³. Cela semble indiquer qu'une atteinte qui n'a pas provoqué de préjudice suffisamment important ne saurait par principe être une atteinte grave, de manière générale, ce que semble confirmer la Cour⁴.

pour rendre une décision sur le fond du litige qui [...] contribuera également au renforcement de l'autorité de la jurisprudence de la Cour en droit interne ».

¹ L'exemple avait été cité au §40 au titre du contrôle indirect du contenu de la norme, et sera mobilisé plus loin s'agissant de concrétisation du contrôle du Conseil constitutionnel, V.§202, aussi mobilisé s'agissant de la modulation dans le temps des effets de l'inconstitutionnalité, dans lequel nous citons l'affaire *Salduz c/ Turquie*, V. §215 de la présente thèse.

² Le Protocole 14 a été ouvert à signature le 13 mai 2004 et est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010. L'article 12 modifie le paragraphe 3 de l'article 35 de la Convention.

³ Article 35, §3.

⁴ Elle lie d'ailleurs directement l'importance du préjudice à la gravité de l'atteinte, V. par exemple CEDH, 12 avril 2011, *Stefanescu c/ Roumanie*, n°11774/04, où elle considère que ce « *critère de recevabilité a été conçu pour lui permettre de traiter plus rapidement les affaires à caractère futile et, ainsi, de se concentrer sur sa mission essentielle, qui est d'assurer au niveau européen la protection juridique des droits garantis par la Convention et ses Protocoles additionnels. La violation d'un droit, quelle que soit sa réalité d'un point de vue strictement*

Toutefois, une exception est consacrée, puisque l'irrecevabilité est admise pour cette raison « *sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond* »¹. En creux, on peut ainsi considérer que l'absence de préjudice important n'empêche pas que soit présente une atteinte grave à un droit contenu dans la Convention². Le préjudice ne saurait donc être le seul critère à prendre en compte pour la caractériser, l'appréciation de la Cour se faisant ainsi au cas par cas³. S'agissant des « questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention », la formule est suffisamment large pour laisser une certaine latitude à la Cour européenne quant à ses contours, et sur le contrôle qu'elle pourra exercer. En effet, des « questions d'interprétation de la Convention » peuvent se poser tant dans le cadre d'un contrôle du contenu de la norme que de son application, et l'on peut douter de la possibilité d'établir une systématisation en la matière. Reste le critère de « l'importance », qui tout comme la gravité des atteintes, sera laissé à l'appréciation de la Cour. Cette dernière semble toutefois exclure depuis longtemps les questions qui auraient déjà fait l'objet d'une interprétation constante et claire de sa part, et qui donc ne respecteraient pas cette exigence. Le caractère nouveau d'une question relative à l'interprétation ou à l'application de tel ou tel droit pourrait donc entrer en ligne de compte dans l'appréciation de son importance. Là encore, la saisine pour avis instituée par le Protocole 16 pourrait être utilisée par la Cour de cassation lorsque se posent de telles questions, la formulation même du texte faisant écho au rôle qui serait désormais confié au juge européen⁴. Cela s'illustre d'ailleurs déjà dans les premières décisions qui concernent cette procédure.

juridique, doit atteindre un seuil minimum de gravité pour justifier un examen par une juridiction internationale » (§35). V. dans le même sens, CEDH, 1^{er} juillet 2010, *Korolev c/ Russie*, n°2551/05, §A, où la Cour énonce que « *inspiré par le principe général de minimis non curat praetor, [...] le nouveau critère repose sur l'idée que la violation d'un droit, même réelle d'un point de vue purement juridique, doit atteindre un minimum de gravité pour mériter d'être examinée par une juridiction internationale* ».

¹ À noter qu'une autre exception était admise, mais que le Protocole 15 la supprime. Il était en effet aussi mentionné « *et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne* ». L'absence de préjudice important pourra ainsi être une cause d'irrecevabilité même si le juge interne n'a pas examiné la question.

² Elle examine d'ailleurs l'exception avec attention, et l'applique lorsque « *des questions de caractère général touchant au respect de la Convention* » se posent, quand par exemple « *il y a lieu de préciser les obligations des États en vertu de la Convention ou d'inciter un État défendeur à résoudre une défaillance structurelle touchant d'autres personnes placées dans la même situation que le requérant* », V. CEDH, *Korolev c/ Russie*, déc. préc., §B. On voit ainsi que les « problèmes structurels » peuvent justifier un examen même en l'absence de préjudice important.

³ CEDH, *Stefanescu c/ Roumanie*, déc. préc., où la Cour considère que le seuil de gravité « *doit être apprécié au cas par cas, en fonction de l'ensemble des circonstances de l'espèce* » (§35). V., dans le même sens, CEDH, *Korolev c/ Russie*, déc. préc., §A, où elle énonce que « *l'appréciation de ce minimum [de gravité] est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause. La gravité d'une violation doit être appréciée compte tenu à la fois de la perception subjective du requérant et de l'enjeu objectif d'une affaire donnée* ».

⁴ L'article 1^{er} §1 du Protocole 16 stipule en effet que la Cour de cassation peut poser au juge européen « *des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* ». Cette énonciation reproduit ainsi avec exactitude les formulations des Déclarations précitées.

80. Premières illustrations : les avis *Menesson* et *Forestiers privés de France*. Le premier avis, sollicité¹ dans le cadre de l'affaire *Menesson* par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 octobre 2018², et accepté par la Cour européenne des droits de l'homme le 3 décembre 2018³ puis rendu le 10 avril 2019⁴, semble confirmer cette hypothèse.

Sans reprendre l'historique complet de l'affaire⁵, qui est bien connue, il était question de deux jumelles nées d'une gestation pour autrui (GPA) en Californie, par l'utilisation des gamètes du père d'intention et des ovocytes d'une amie du couple hétérosexuel. L'acte de naissance déclare le père d'intention comme « père génétique », tandis que la mère d'intention est qualifiée de « mère légale ». Après avoir subi l'annulation de la transcription sur les registres français de l'état civil par une décision de la Cour de cassation⁶, les parents d'intention obtiennent gain de cause devant la Cour européenne qui condamne la France⁷ pour violation du droit au respect de la vie privée des deux enfants. Le juge français accepte ensuite que les indications relatives au père biologique, contenues dans l'acte de naissance étranger, soient retranscrites sur les registres français, tout en s'opposant aux désignations de mère ou père d'intention⁸. À la suite de la loi du 18 novembre 2016⁹, la création de la procédure de réexamen¹⁰ leur permet de

¹ V., parmi d'autres, P. DEUMIER, H. FULCHIRON, « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée » ? », *D.* 2019, p.228 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'affaire *Menesson* à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », *RTD civ.* 2018, p.847 ; M. SAULIER, A. DIONISI-PEYRUSSE, « Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen) : la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges », *AJ fam.* 2018, p.613 ; A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE, « Protocole 16, l'audace d'une première demande d'avis consultatif à la CourEDH », *JCP G* 2018, n°46, doct. 1190.

² Ass. plén., 5 octobre 2018, n°10-19.053.

³ Communiqué de presse du greffe de la Cour du 4 décembre 2018, site internet de la CourEDH. Il y est d'ailleurs clairement mentionné que « l'objectif du Protocole n°16 est de renforcer le dialogue entre la Cour et les systèmes judiciaires nationaux et de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits et libertés garantis par la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance ».

⁴ CEDH, Gr. Ch., avis sollicité par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, n°P16-2018-001.

⁵ Pour un court et subtil résumé, qui illustre l'importance de cette saga, V. J. GUILLAUMÉ, « La saga *Menesson* : les premières fois... », *D.* 2019, p.2000.

⁶ Civ. 1^e, 6 avril 2011, n°10-19.053.

⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n°65192/11.

⁸ Ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002.

⁹ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁰ L'article 42 de la loi précitée ajoute un chapitre qui concerne le réexamen d'une affaire en matière civile au sein du code de l'organisation judiciaire, dont l'article L. 452-1 dispose que « le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé [...] lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la [CEDH] ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables [...]. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions ». On constate ainsi que la procédure de réexamen elle-même cadre plutôt bien avec les affaires qui seraient quant à elle soumises à la Cour européenne dans le cadre d'une procédure d'avis : combiner les deux n'était ainsi pas incohérent, même si un tel contexte laisse entendre que la procédure instituée par le Protocole 16 aura un domaine large, puisqu'applicable à une affaire qui avait déjà fait l'objet d'une décision de la part des juges strasbourgeois comme des juges internes.

ramener leur affaire devant la Cour de cassation, qui rend ainsi l'arrêt dans lequel elle sollicite un avis des juges strasbourgeois.

Pour motiver la demande d'avis, les magistrats du quai de l'Horloge, après avoir cité la décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait condamné la France¹, énoncent de façon détaillée et structurée les mesures qu'ils ont eux-mêmes prises à la suite de ladite décision pour modifier leur jurisprudence ultérieure², ainsi que la façon dont elles s'articulent avec la loi française. C'est précisément sur la question de ces mesures que la Cour de cassation sollicite l'avis de la Cour européenne : elle demande directement si elles sont compatibles ou non avec la Convention³, les liant directement avec l'étendue de la marge d'appréciation dont elle dispose. Seulement 6 mois après avoir été sollicitée, la Cour européenne rend son avis. Elle répond aux questions posées⁴, en définissant la marge nationale d'appréciation⁵ qui devait être

¹ Comme le souligne très clairement l'avis, pour justifier la violation, la CourEDH estimait que l'absence de consensus en Europe sur la gestation pour autrui, « *sujet qui soulève de délicates interrogations d'ordre éthique* », pouvait justifier l'existence d'une « *ample marge d'appréciation s'agissant de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intention (§ 79), les choix qu'ils peuvent opérer, dans la limite de cette marge, n'échappent pas à tout contrôle (§ 81)* ». Elle avait relevé les incertitudes qui pouvaient peser quant à l'identité des deux jumelles, ainsi qu'à leurs droits successoraux. Mais elle ajoute que « *cette analyse prenait un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant* » (§ 100) et en déduit « *qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'Etat défendeur était allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* » (§ 100). La particularité résidait donc en grande partie en ce que le père d'intention se confondait aussi avec le père biologique.

² Elle cite ainsi les deux arrêts d'assemblée plénière (Ass. plén., 3 juillet 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002), et deux arrêts de la première chambre civile (Civ. 1^o, 5 juillet 2017, n°15-28.597, 16-50.025 et n°16-16.901) précités, dans lesquels elle considère que le refus de transcription d'un acte de naissance établissant la filiation à l'égard du père d'intention de l'enfant alors que cela permettrait de faire coïncider réalité biologique et juridique est contraire à l'article 8 de la Convention, ce en vue de se conformer à la position des juges strasbourgeois. En revanche, concernant la mère d'intention, elle considère qu'un tel refus est conventionnel, puisque la réalité de l'accouchement peut primer. Elle admet ensuite, dans les arrêts de 2017, que l'époux ou l'épouse du père d'intention et biologique puisse adopter l'enfant dans les conditions prévues par la loi dans le cadre du mariage.

³ Elle pose les deux questions suivantes : « *En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une [GPA] en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un Etat-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 [...] ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?* » puis, assez logiquement, « *dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?* ».

⁴ CEDH, Gr. Ch., avis sollicité par la Cour de cassation française, 10 avril 2019, déc. préc., elle estime d'abord qu'il est effectivement nécessaire que « *le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la mère légale* » (§46 et 1^o du dispositif). Elle admet ensuite que la reconnaissance du lien de filiation puisse se faire par une autre voie que la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance établi à l'étranger, comme l'adoption, répondant ainsi positivement à la demande de la Cour de cassation qui avait auparavant tranché en ce sens (2^o).

⁵ *Ibid.*, §43 et §44, s'agissant de la première question elle estime que malgré l'absence de consensus, qui laisserait entendre une marge d'appréciation large, le fait qu'« *un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu* », peut lui permettre de déduire « *qu'il convenait d'atténuer la marge d'appréciation*

prise en compte en la matière. L'affaire se dénoue enfin dans un arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 2019¹. Le contrôle pratiqué porte essentiellement sur le contenu de la norme, et concerne bien une question importante relative à l'interprétation de la Convention.

Un seul autre avis² concernant la France a été rendu, émanant cette fois du Conseil d'État³, s'agissant de la compatibilité du contenu de l'article L422-18 du Code de l'environnement tel que modifié par la loi du 24 juillet 2019 avec l'article 14 et l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel. L'affaire permet de dresser un constat similaire s'agissant de l'ordre administratif, et témoigne d'un dialogue constructif entre le juge ordinaire sollicitant l'avis, le juge constitutionnel qui avait préalablement conclu à la conformité du texte à la Constitution⁴ et le juge européen chargé de rendre l'avis. L'avis illustre la souplesse du juge européen, tant du point de vue du respect de la position du Conseil constitutionnel que de la souplesse laissée au Conseil d'État pour rendre la décision postérieure. Après avoir détaillé les critères à prendre en considération⁵, l'avis est rendu et laisse une très grande souplesse au Conseil d'État puisque la

dont disposait l'État défendeur ». Puis sur la seconde, elle laisse une large marge d'appréciation (§51-52). Sur cette question de la marge nationale liée à l'absence de consensus, V. §326 et suiv. de la présente thèse.

¹ Plén., 4 octobre 2019, n°10-19.053. La Cour énonce ainsi que « *en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée [des jumelles] consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger [des jumelles] ne saurait être annulée* » (§19).

² V. CEDH, 13 juillet 2022, *Avis consultatif relatif à la différence de traitement entre les associations de propriétaires « ayant une existence reconnue à la date de la création d'une association communale de chasse agréée » et les associations de propriétaires créées ultérieurement*, n°P16-2021-002.

³ CE, 15 avril 2021, *Forestiers privés de France*, n°439036.

⁴ La Cour européenne cite en effet une décision qui avait été rendue par le Conseil constitutionnel, qui avait conclu préalablement à la constitutionnalité du texte, en se livrant à un contrôle de proportionnalité plutôt détaillé s'agissant de l'article 2 de la DDHC et un examen approfondi de la différence de traitement en cause, s'agissant du principe d'égalité devant la loi V. Cons. const., 4 novembre 2021, n°2021-944 QPC. La Cour européenne cite ainsi son raisonnement (V. §24 de la décision du juge européen, qui ne sera détailler que dans le contrôle effectué au regard du droit au respect des biens). Le Conseil estime ainsi que « *le droit de chasse sur un bien foncier se rattache au droit d'usage de ce bien, attribut du droit de propriété. Il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (§13 de la décision du Conseil). Il pratique ensuite un contrôle de proportionnalité assez détaillé au regard de l'atteinte à ce droit, en estimant « *d'une part, ainsi qu'il a été dit au paragraphe 6, l'objectif d'intérêt général assigné par le législateur aux associations communales est d'assurer une bonne organisation de la chasse et le respect d'un équilibre agro-sylvo-cynégétique* » (§14) et que « *d'autre part, les propriétaires tenus d'apporter leurs terrains à l'association communale sont privés non pas de leur droit de chasse, mais seulement de l'exercice exclusif de ce droit sur ces terrains. En contrepartie, ces propriétaires, membres de droit de l'association communale, sont autorisés à chasser sur l'espace constitué par l'ensemble des terrains réunis par cette association* » (§15). Cela lui permet de conclure que « *ainsi, en privant les propriétaires du droit de retirer leurs terrains de l'association communale lorsqu'ils créent une association à cette fin, les dispositions contestées ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété* » (§16).

⁵ V. §56 à §71 sur des considérations préalables relatives au point de savoir si la différence de traitement relève du champ d'application de l'article 14 combiné à l'article 1^{er} du Protocole n°1, et sur les critères permettant de déterminer si la différence de traitement en cause porte sur des personnes placées dans des situations analogues ou comparables. Elle apprécie ensuite les critères pertinents, comme demandé par le Conseil d'État, quant à la justification de la différence de traitement en cause (§73 à §83), puis sur l'existence « d'un rapport raisonnable de

Cour conclut qu'« à la lumière de ces éléments qu'il revient au Conseil d'État de déterminer si la différence de traitement établie par la disposition législative mise en cause dans la procédure devant lui satisfait, ou non, à l'exigence de proportionnalité et, partant, si cette différence de traitement est compatible, ou non, avec l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n°1 ». Il reviendra donc au Conseil d'État de contrôler le contenu du texte en cause, mais il sera pour ce faire guidé par les critères détaillés posés par la Cour.

Ainsi, le contrôle de la Cour européenne, parce qu'il est indexé au principe de subsidiarité, est certes en partie un « contrôle du contrôle » opéré par le juge interne, mais conserve un rôle central.

81. Un contrôle par le juge européen du contrôle du juge interne. La décision *Charron et Merle-Montet c/ France* précitée semble illustrer le recul du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se cantonnerait principalement, dans les cas ci-dessus exposés, à un « contrôle du contrôle » déjà exercé par les juges internes. Ainsi, même dans le cadre de « problèmes structurels », ou « d'atteintes graves ou répandues », la subsidiarité semble demeurer la règle directrice. Le juge judiciaire se chargerait donc au premier chef de les contrôler et de les censurer le cas échéant, tandis que la Cour européenne ne ferait que vérifier que le contrôle a été correctement exercé, et sanctionnerait les abus dans les cas où les solutions prononcées seraient trop incohérentes. Toutefois, on peut supposer que la saisine pour avis lui ferait jouer le premier rôle, notamment lorsqu'il s'agit d'une question relative à l'interprétation de la Convention, ou lorsque le juge interne a des difficultés pour exercer lui-même un contrôle de conventionnalité. À propos de l'avis rendu le 10 avril 2019, le Professeur FULCHIRON estime d'ailleurs que « l'avis engage, selon un jeu politique qui pourrait se révéler ambigu, l'ensemble des autorités du pays dont l'une des « juridictions suprêmes » a pris l'initiative de mettre en œuvre la procédure. [...] La CourEDH reste donc maître du jeu »¹. Le cantonnement à un simple « contrôle du contrôle » peut ainsi être à relativiser, puisque le juge européen ne sera pas nécessairement le second à poser son regard sur le contenu ou l'application de la norme interne. Ce recul du rôle de la Cour européenne n'est pas sans questionner sur les risques d'un

proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (§84 à §110, en détaillant d'abord ce qui concerne « le respect de l'exigence de légalité inscrite à l'article 1 du Protocole n°1 », puis « le critère du « défaut manifeste de base raisonnable » », « la nature du critère de distinction institué par la loi et son impact sur la marge d'appréciation des autorités nationales », puis « le choix des moyens employés pour atteindre le(s) but(s) visé(s) et l'adéquation entre le(s) but(s) visé(s) et le(s) moyen(s) employé(s) », et enfin « l'impact du/des moyen(s) employé(s) »). La décision est ainsi bien détaillée, et n'entre aucunement en contradiction avec la décision du Conseil constitutionnel.

¹ H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », CEDH, avis, 10/04/2019, n°P16-2018-001, D. 2019, p.1084.

abaissement du niveau de protection des droits fondamentaux au niveau européen, qui sont toutefois à relativiser.

B/ La relativisation des risques liés à un recul excessif du juge européen

82. De la valorisation de la subsidiarité par le juge judiciaire au repli national. Si l'objectif premier d'une valorisation du principe de subsidiarité demeure l'intégration maximale des droits fondamentaux au sein des ordres juridiques nationaux, il n'en demeure pas moins que la répartition plus affirmée des rôles entre juge judiciaire et Cour européenne des droits de l'homme n'est pas sans comporter un certain nombre de risques. Parmi eux, on peut notamment souligner la possibilité pour le juge judiciaire de surprotéger la norme en ne prononçant que l'incompatibilité de son application au cas d'espèce, sans la condamner par un contrôle de son contenu alors que cela se serait justifié. Même si le cas n'est pour le moment qu'hypothétique, l'existence du risque n'est toutefois pas à négliger, auquel cas l'effet escompté serait inverse : au lieu de promouvoir les droits fondamentaux au travers des organes nationaux, le juge judiciaire pourrait les utiliser pour valoriser l'intérêt d'un pouvoir politique national en préservant excessivement l'existence de la norme¹. Cet aspect est notamment souligné par le Professeur JAMIN, qui énonce très justement que deux scénarios seraient envisageables : « *continuer à dialoguer entre juges pour maintenir à peu près le cap, ou rompre le dialogue pour lui substituer un « rapport de force » destiné à limiter la promotion des droits fondamentaux aux seuls cas où nos « intérêts nationaux essentiels » ne sont pas en jeu* »². La seconde hypothèse aurait comme toile de fond la contestation de l'autorité des juges du Palais des droits de l'Homme, et reposerait sur « *un inconscient idéologique et la violence du rejet que suscitent droits fondamentaux et CEDH* ». Une autre hypothèse pourrait aussi être envisagée, à savoir celle d'une valorisation excessive, dans l'exercice du contrôle de proportionnalité, de l'intérêt protégé par la norme en cause. Le risque qu'une telle possibilité se réalise serait par ailleurs d'autant plus envisageable si la Cour, au-delà du simple respect des décisions du juge judiciaire, se soumettait excessivement à son appréciation en vue d'éviter de froisser les sensibilités nationales.

¹ V. §260 et suivants de la thèse, dans lesquels il sera soutenu que le contrôle de l'application de la loi du point de vue de l'impact qu'il peut avoir sur la norme peut, au lieu de l'affaiblir, en préserver en réalité l'existence.

² C. JAMIN, « Les droits fondamentaux en mal d'enracinement », *D.* 2016, p.2561.

83. Les risques d'un recul excessif du rôle de la Cour européenne. Dans certains cas la Cour européenne adopte une vision trop extensive de la marge nationale d'appréciation¹, si bien qu'un recul de son rôle peut être observé au profit des autorités nationales qu'elle souhaite désormais ménager. C'est d'ailleurs le cas dans le second avis précité, la Cour européenne estimant que « *les autorités nationales bénéficient en effet d'une ample marge d'appréciation tant pour déterminer la mesure de réglementation devant s'appliquer pour répondre à un impératif d'intérêt général que pour choisir, parmi les différents dommages qu'une telle mesure est susceptible d'occasionner, ceux qui peuvent donner lieu à indemnisation* »². Il est donc question d'une forme de retenue prétorienne parfois excessive qui peut être source d'effets pervers, comme le mentionne la Professeure PASTRE-BALDA³. Cette analyse est aussi partagée par le Professeur SUDRE, qui énonce que le « *changement de nature de la marge d'appréciation fait craindre un repli du contrôle de la Cour* »⁴, observation qui pourrait être confortée par certaines mentions qu'elle effectue au sein de l'arrêt *Austin*⁵. En effet, elle se montre relativement prudente en indiquant qu'elle « *doit éviter de prendre le rôle d'un juge des faits statuant en première instance, sauf si cela est rendu inévitable par les circonstances d'une affaire particulière. En principe, là où des procédures internes ont été menées, la Cour n'a pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions nationales, auxquelles il appartient de les établir sur la base des preuves recueillies par elles. Si la Cour n'est pas liée par les constatations de ces dernières mais demeure libre de se livrer à sa propre évaluation à la lumière de l'ensemble des éléments dont elle dispose, elle ne s'écartera normalement des constatations de fait des juges nationaux que si elle est en possession de données convaincantes à cet effet* ». Elle valorise ainsi très largement l'appréciation factuelle des juges internes, qui pourrait fonder un contrôle de l'application de la loi, en affirmant ne s'en écarter que dans des cas très marginaux. La Cour se donne toutefois aussi, dans le même arrêt, une porte de sortie en considérant qu'« *il lui appartient d'interpréter et d'appliquer [la Convention] en dernier ressort* » et que « *si elle doit certes prendre en compte les constatations de fait des juridictions*

¹ Pour rappel, cet aspect sera détaillé *infra* lorsqu'il s'agira d'étudier le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne.

² CEDH, 13 juillet 2022, avis péc., §110.

³ V. B. PASTRE-BALDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH* 94/2013, p.251, spéc. p.265 et suiv. V. aussi P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme à l'épreuve de quelques critiques... au fil du temps », *RTDH* 2010, p.5.

⁴ F. SUDRE, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* 2013, doct. 1086, p.1919. V. aussi, dans un sens similaire et du même auteur, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.239.

⁵ CEDH, Gr. Ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*, préc., §61.

internes, elle n'est pas limitée par leurs conclusions juridiques quant au point de savoir si le requérant a ou non été privé de sa liberté ». Elle s'octroie ainsi explicitement la possibilité de statuer dans un sens différent de celui du juge interne. L'affaire *M. M/ contre Suisse*, plus récemment, semble confirmer ces craintes. En effet, comme le souligne Madame la Professeure GAUTHIER, « *la conjonction d'un contexte de crise et d'une méfiance grandissante à l'endroit de la Cour européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence inquiète et peut amener à craindre les vertus « modératrices » du contrôle de proportionnalité* »¹. Restera à savoir dans quelle mesure elle se permettra de statuer dans un sens contraire, la solution médiane restant la sanction de « l'erreur manifeste d'appréciation ».

84. Le juste milieu : la sanction ferme d'une « erreur manifeste d'appréciation ». En vue de respecter les décisions du juge judiciaire, tout en assurant la protection des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, les juges strasbourgeois pourraient adopter une solution médiane, qui n'aboutirait ni à une rupture du dialogue ni à un assentiment automatique aux positions des juges nationaux. Le contrôle de la Cour se cantonnerait certes à une vérification d'abord de l'existence de l'exercice du contrôle, portant tant sur le contenu que sur l'application de la norme, mais aussi de son résultat en fonction de la motivation. Si le contrôle est bien motivé, et que son résultat est la traduction d'un raisonnement explicite, cohérent et qui suit ses propres méthodes, elle s'y conformerait sans grande difficulté puisqu'il traduirait une protection effective des droits fondamentaux, même si dans l'espèce considérée la loi elle-même ou son application ne serait pas écartée. En effet, une explicitation claire de la démarche et du raisonnement du juge judiciaire aurait plutôt tendance à aboutir à un résultat qui ne paraîtrait pas déraisonnable, et qui, malgré la possible existence d'avis divergents, pourrait à tout le moins emporter l'adhésion sans grande difficulté. Les cas où le juge judiciaire motiverait fortement sa décision, tout en concluant sur la conventionnalité de manière peu logique demeureraient ainsi marginaux. S'ils devaient survenir, la Cour européenne pourrait ainsi sanctionner la décision du juge interne, en prenant un radical contrepied justifié par une « erreur manifeste d'appréciation »². Ainsi, les cas de divergences se limiteraient à une motivation insuffisante, qui à elle seule pourrait suffire pour les justifier,

¹ C. GAUTHIER, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2021, p.793

² V. dans ce sens, et on se rangera à cette position, H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *CEDH*, 16/01/2018, n°22612/15, *D.* 2018, p.649 ; ou, du même auteur, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.245.

et qui pourrait se coupler avec une appréciation manifestement erronée de la solution, qui serait trop protectrice de la norme nationale ou de son application. Le cas le plus problématique – mais aussi le moins probable – serait celui d’une décision très motivée, dans laquelle l’utilisation d’un contrôle de proportionnalité *lato sensu* serait très marquée, mais aboutirait à un résultat surprenant qui serait peu en cohérence avec la conclusion qui aurait été logiquement attendue après l’exercice du contrôle. La volonté du juge national de garantir l’application prévaudrait, au détriment d’un exercice appliqué de la méthode européenne. Dans ce dernier cas, l’erreur manifeste d’appréciation pourrait être une justification appropriée pour que la Cour européenne se départisse de la position du juge judiciaire en statuant dans un sens radicalement opposé, en vue de protéger les droits fondamentaux du justiciable dans l’affaire en question. Elle peut aussi définir en amont les domaines relevant de la marge nationale d’appréciation, en vue de procéder à un certain encadrement du contrôle exercé par le juge national.

85. La définition préalable de la marge nationale d’appréciation. En vue d’éviter les dérives qui pourraient résulter de l’inscription du principe de subsidiarité au sein du préambule de la Convention et de son assimilation à la marge nationale d’appréciation, le Professeur SUDRE suggère quant à lui à la Cour européenne « *de cantonner le jeu de la marge d’appréciation, dans des limites préalablement définies à l’usage des États* »¹, et on adhèrera à cette analyse. Il suggère ainsi qu’elle puisse définir clairement en amont quels sont les domaines qui pourraient relever de la marge d’appréciation², et ceux qui en seraient au contraire exclus. Une telle tâche semble être confiée de plus en plus à la Grande Chambre³, dont le rôle est aussi

¹ F. SUDRE, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* 2013, doctr. 1086, p.1920.

² De manière générale, les questions relatives à des grands enjeux de société, ou qui seraient d’ordre moral ou éthique, pourraient y être incluses. On trouverait ainsi dans cette catégorie l’avortement, le recours à la fécondation *in vitro*, les questions relatives à la réglementation de la filiation, du suicide assisté, du mariage homosexuel. Dans ces cas, la Cour laisserait à l’État une large marge nationale d’appréciation, comme elle le fait déjà, sans que l’adoption du protocole 15 à la Convention ne vienne neutraliser cette analyse.

³ Pour le récit d’une expérience d’un président de la Grande Chambre, V. J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l’homme, des juges pour la liberté*, Dalloz, 2^e édition, 2017, p.212 et suiv. L’auteur y énonce que « *les requêtes traitées par la Grande Chambre sont importantes et intéressantes, parfois fascinantes. Ce n’est pas toujours le cas. Il peut arriver qu’une chambre, lorsqu’elle se dessaisit ou le collège de cinq juges quand il décide le renvoi apprécie mal le caractère grave de la question à trancher. Mais ces erreurs d’appréciation sont peu fréquentes* ». On peut supposer qu’avec le renouvellement du rôle de la Cour et le renforcement de celui de la Grande Chambre, cette dernière affirmation sera d’autant plus vraie.

renforcé par l'adoption du Protocole 15¹ et du Protocole 16², et qui, selon l'auteur précité, « *d'une manière générale [...] est plutôt attentive aux revendications étatiques et aux traditions nationales* »³. Cela permettrait d'éviter une trop forte appropriation de la marge nationale d'appréciation par les États parties qui souhaiteraient l'utiliser pour favoriser une forme de repli national en réduisant excessivement le contrôle de la Cour européenne. L'effet « décentralisateur » de la subsidiarité doit ainsi rester entre les mains du juge européen, qui peut lui seul décider de la mesure de l'autonomie nationale⁴.

86. Conclusion. L'exercice par le juge judiciaire d'un double contrôle tant du contenu que de l'application des lois s'inscrit ainsi dans le mouvement actuel de valorisation du principe de subsidiarité. La répartition des rôles semble assez évidente de prime abord, le juge judiciaire pouvant l'exercer au premier chef, tandis que la Cour européenne se cantonnerait à un simple « contrôle du contrôle » exercé, au contrôle des problèmes structurels et des violations les plus graves, mais conserverait aussi un rôle central lorsqu'est mise en œuvre la nouvelle procédure d'avis. La nouvelle répartition des contrôles conduit certes à s'interroger sur l'existence de risques d'un recul de la protection des droits fondamentaux par la Cour européenne. Ces risques sont toutefois à relativiser.

¹ L'article 30 de la Convention stipule que « *si l'affaire pendante devant une chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la chambre peut, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la Grande Chambre, à moins que l'une des parties ne s'y oppose* ». Au sein du protocole 15, l'article 3 prévoit de supprimer la dernière mention « *à moins que l'une des parties ne s'y oppose* » : le dessaisissement d'une Chambre au profit de la Grande Chambre est ainsi facilité.

² En effet, l'avis est rendu, en vertu de l'article 2 §2 du Protocole 16, par la Grande Chambre.

³ V. dans ce sens, parmi d'autres, CEDH, Gr. Ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c/ Italie*, n°30814/06, où, s'agissant de la présence d'un crucifix dans les salles de classe, les juges de la Grande Chambre affirment que « *selon la Cour, la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. La Cour se doit d'ailleurs de prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les Etats qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique* » (§68). Elle ajoute aussi que « *les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de concilier l'exercice des fonctions qu'ils assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement et le respect du droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* » (§69) et conclut qu'en l'espèce une large marge d'appréciation devait être laissée à l'État italien (§70) et qu'ainsi il n'y avait pas eu violation de la Convention, puisqu'« *en décidant de maintenir les crucifix dans les salles de classe de l'école publique fréquentées par les enfants de la requérante, les autorités ont agi dans les limites de la marge d'appréciation dont dispose l'Etat défendeur dans le cadre de son obligation de respecter, dans l'exercice des fonctions qu'il assume dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* » (§76).

⁴ V. sur les limites de la subsidiarité, C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.87, spéc. p.112.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

87. Le contrôle de la compatibilité de l'application des lois exercé par le juge judiciaire est très clairement inspiré de celui pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme. Deux mouvements peuvent toutefois être identifiés s'agissant de leurs contrôles respectifs. En ce qui concerne celui du juge européen, il ne permettait à ses débuts par principe que d'écarter l'application de la norme dans l'espèce soumise à son appréciation, la Cour se refusant à prononcer toute mesure de portée générale. Afin d'accroître son influence, de promouvoir la diffusion des droits de la Convention, et de diminuer le nombre croissant de recours, les juges du palais des droits de l'homme ont ensuite opté pour un contrôle de plus en plus centré sur le contenu des normes, sans l'assumer pleinement mais en n'hésitant pas à prescrire des mesures de portée générale pour mieux faire face aux problèmes structurels des législations des États signataires. C'est plutôt de ce dernier contrôle, certes indirect de la part du juge européen, dont s'était initialement inspiré le juge judiciaire, puisqu'il permettait plus aisément de faire évoluer la législation interne en vue de la rendre conforme aux exigences posées par la Convention, telle qu'interprétée par son homologue européen. Plus récemment, inspiré par des réflexions qui tendent à valoriser le principe de subsidiarité, il a cependant opté pour l'adoption d'un contrôle de l'application de la norme au cas d'espèce et non plus seulement de son contenu, s'inspirant de celui pratiqué à l'origine et par principe par la Cour européenne. La distinction « contrôle concret » et « contrôle abstrait », ne suffit donc pas pleinement à rendre compte des évolutions du contrôle de la Cour européenne, contrairement à celle qui est, par conséquent, proposée dans le cadre de la présente thèse. En effet, il apparaît que la Cour de cassation exerce un contrôle tantôt direct tantôt indirect du contenu des lois, ce dernier pouvant prendre certaines dimensions concrètes. En revanche, la Cour européenne exerce quant à elle un contrôle du contenu des lois qui demeure implicite dans la mesure où il découle d'un contrôle des multiples applications qu'elle constate : il prend donc le plus souvent en considération un certain nombre de circonstances factuelles, qui ne sont toutefois pas un obstacle à un effet plus général du contrôle. Ce dernier porte donc sur le contenu de la norme, mais revêt les caractères d'un contrôle concret, sans emporter les effets d'un contrôle cantonné à l'affaire en cause. Le juge interne et la Cour européenne pratiquent parallèlement tous deux un contrôle de l'application des lois, qui quant à lui est nécessairement concret, puisque ce sont précisément les circonstances factuelles qui permettent l'éviction de la norme au seul cas particulier. En résumé, la distinction « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » des lois permet de centrer

le débat sur l'objet et les effets du contrôle, et fonctionne dans le cadre des rapports qu'elle entretient avec la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui est moins le cas d'une distinction cantonnée à un « contrôle abstrait » et un « contrôle concret ». Cette dernière est ainsi une source de confusions puisqu'elle met davantage en avant les caractères du contrôle que ses effets. La combinaison de deux dichotomies différenciées a ainsi pour vertu d'apprécier de manière plus claire la répartition des rôles qui découle de l'appropriation par le juge interne, dont le juge judiciaire, de l'application des lois.

88. Si l'on peut croire que la réappropriation du contrôle de la Cour européenne par le juge judiciaire, couplée à la valorisation du principe de subsidiarité, conduirait à un retrait de la première au profit du second, l'affirmation reste à nuancer. En effet, le juge européen demeurera chargé du contrôle des problèmes structurels, des atteintes les plus graves à la Convention, et traitera toujours des questions relatives à son interprétation et à son application. Sauf exception, c'est justement le contrôle du contenu des lois qui est par ce biais valorisé. L'étude des rapports entre juge interne et juge européen semble suggérer que la saisine pour avis peut être un outil utile en cas de doute sérieux sur la compatibilité d'un texte à un droit contenu dans la Convention : la France fait d'ailleurs figure de bon élève en la matière, les juridictions des deux ordres ayant sollicité la mise en œuvre d'un tel procédé. Cela justifiera d'ailleurs qu'elle soit articulée avec la proposition formulée à l'issue du travail doctoral¹. L'utilisation par le juge judiciaire d'un contrôle tant de la compatibilité du contenu que de l'application des lois au regard des droits de la Convention européenne implique donc davantage un rééquilibrage des contrôles, une répartition des rôles, qu'une émancipation de sa part envers la Cour européenne. Cette dernière semble, par voie de conséquence, imposer au juge interne la pratique de ce plein contrôle. Une telle reconfiguration des rôles, permise par les mutations réciproques de l'objet et des effets des contrôles de la loi, n'est pas un obstacle au constat d'une harmonie. Une appréciation similaire peut être formulée s'agissant des rapports entre les juges internes de l'ordre administratif et judiciaire.

¹ Cet aspect sera détaillé au §441. Cela justifie notamment la création de l'article L441-4-3 1°) du Code de l'organisation judiciaire, qui figure en annexe 1.

Chapitre 2 : L'équilibre avec le contrôle du juge administratif

89. Les enjeux d'une cohérence des contrôles. Les contrôles des juges judiciaires et administratifs pouvant porter sur des normes similaires, il est essentiel qu'ils présentent une certaine identité, abstraction faite des particularités propres à chacun d'eux. Sans qu'il ne soit question d'étudier en profondeur l'avenir du dualisme juridictionnel français¹, il est de nombreux contentieux dans lesquels des normes similaires peuvent être contrôlées ou interprétées par le juge judiciaire comme par le juge administratif. Les exemples de divergences de jurisprudence² passées et commentées sont nombreux. La question de l'évaluation des préjudices³, en accord avec le principe de réparation intégrale, mais aussi de la quantification des sommes allouées par l'un et l'autre, peut parfois s'avérer assez épineuse et mettre en lumière un certain nombre de divergences⁴. La question de l'acceptation ou non du « préjudice de vie

¹ Pour quelques réflexions sur le sujet, V. A. VAN LANG, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005, p.1760 ; P. SARGOS, « Points communs et divergences des deux ordres de juridiction », *AJDA* 1990, p.585 ; F. TERRÉ, « Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel », *ibid.*, p.595 ; L. FOUGÈRE, « 1790 – 1990 : deux siècles de dualisme juridictionnel », *ibid.*, p.579. Le propos tenu ici n'a vocation qu'à donner quelques exemples pour illustrer une mouvance générale qui ne saurait évidemment être résumée en quelques lignes.

² Sur cette question, V. notamment P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003. V., particulièrement, dans cet ouvrage, F. ZENATI-CASTAING, « La notion de divergence de jurisprudence », *op. cit.*, p.53 et suiv. ; E. SEVERIN, « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », *op. cit.*, p.73 et suiv. ; H. CROZE, « Le traitement des divergences de jurisprudence (les procédés de traitement et de prévention) », *op. cit.*, p.207 et suiv. ; D. CHABANOL, « La prévention des divergences de jurisprudence au sein de la juridiction administrative », *op. cit.*, p.179 et suiv.

³ Le principe reste celui de l'autonomie d'appréciation des préjudices par le juge administratif, indépendamment de celles du juge judiciaire, V. CE, 22 décembre 1967, *Ministre des armées c/ Compagnie New Hampshire*, n°72419 ; CE, 15 juin 1979, *Compagnie « Groupe ancienne mutuelle »*, n°05724 ; CE, 22 mars 2000, *Secrétaire d'État à l'outre-mer*, n°188928. On s'accorde en général à considérer que le juge administratif, malgré des grilles d'évaluations similaires et une appréciation fondée sur la même nomenclature, est un peu moins généreux que le juge judiciaire dans l'évaluation de l'étendue des préjudices subis.

⁴ Le problème est d'autant plus épineux lorsque la faute, caractérisée par une erreur de diagnostic, commise par le médecin privé et celle commise par le médecin hospitalier ont toutes deux contribué à la réalisation du même dommage, et que chacun peut être considéré comme responsable de l'entier dommage. Dans ces cas, le juge judiciaire et le juge administratif pourront être amenés à octroyer successivement des indemnités, si bien qu'il appartiendra à ce dernier « de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi » (CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n°49595). Se posera ainsi ensuite nécessairement la question de savoir comment déduire de la réparation accordée à la victime celle allouée par le juge judiciaire, V. sur ce point, par exemple, TA Nîmes, 30 octobre 2018, n°1603442. V. V. L'HÔTE, « Le juge administratif doit déduire de la réparation accordée à la victime celle allouée par le juge judiciaire. Oui, mais comment ? », *AJDA* 2019, p.1063 ; J.-M. ARGOUD, « Le principe indemnitaire ne s'applique pas globalement mais poste par poste », *AJDA* 2020, p.2152.

dommageable »¹, et l'application dans le temps de la loi dite « anti-Perruche » du 9 mars 2002² avait aussi fait l'objet de divergences³. On retrouvait par ailleurs des positions opposées en matière contractuelle, l'exemple classique pouvant résider dans l'admission ou non d'une révision du contrat pour imprévision⁴. Un autre exemple de divergence est identifiable en matière de sanction des ententes entre sociétés, la Cour de cassation ayant une appréciation plus restrictive de ce qui peut constituer une pratique anticoncurrentielle⁵ que le Conseil d'État⁶, et permettant donc parfois moins facilement la sanction de tels procédés⁷.

90. Les cas d'interactions dans lesquels les droits fondamentaux sont en jeu s'illustrent encore davantage en matière fiscale, en droit des étrangers ou encore s'agissant de certaines dispositions du code de procédure pénale, voire de procédure civile, ou encore du code de la route qui peuvent tant faire l'objet d'une appréciation du juge administratif que judiciaire du fait de l'implication de l'administration dans certains cas. C'est aussi le cas s'agissant du placement en rétention d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français. En effet, le juge administratif peut être saisi en référé préalablement à toute action

¹ Sans entrer dans le détail tant l'affaire est connue, le juge judiciaire l'avait en effet admis dans le célèbre arrêt *Perruche* (Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701), tandis qu'il n'était pas admis par la jurisprudence administrative (CE, 14 février 1997, *CH Nice c/ Quarez*, n°133238). V., pour plus de détails, V. LARRIBAU-TERNEYRE, Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 17^{ème} édition, 2020-2021, §2338.

² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³ S'agissant de l'application dans le temps de l'article 1^{er} de la loi Kouchner, applicable aux instances en cours et qui disposait que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », le Conseil constitutionnel (Cons. const., QPC, 11 juin 2010, n°2010-2 QPC), suivant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France* et *Maurice c/ France*) avait censuré la rétroactivité du dispositif en ne permettant qu'une application *in futurum*, tout en condamnant aussi la solution de la Cour de cassation qui continuait d'octroyer les bénéfices de l'arrêt *Perruche* à tous les enfants nés avant son entrée en vigueur (Civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, n°02-12.260, n°02-13.775, et n°01-16.684). Cette dernière a fait fi de cette condamnation et a continué à faire jouer son interprétation maximale des énonciations de la Cour européenne (Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, n°10.-27.473) contrairement au Conseil d'État (CE, 13 mai 2011, n°329290 et n°137808). Pour davantage de détails, V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, Y. BUFFELAN-LANORE, *op. cit.*, §2338 et §2385.

⁴ Là encore, sans entrer dans le détail tant la notion est connue, il convient *a minima* d'effectuer la classique confrontation entre l'arrêt de la Cour de cassation Canal de Craponne (Civ. 6 mars 1876) et l'arrêt Compagnie d'éclairage de Bordeaux du Conseil d'État (CE, 30 mars 1916, n°59928). Pour un approfondissement, V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, Y. BUFFELAN-LANORE, *op. cit.*, §1650 et suiv.

⁵ V. Com., 13 septembre 2017, n°15-22.837 et 15-23.070, dans lequel la Cour confirme un arrêt de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 2 juillet 2005, n°13/22609) en appréciant de manière assez restrictive l'étendue de la nullité des engagements mentionnés dans l'article L420-3 du Code de commerce.

⁶ V. CE, 27 mars 2020 (trois arrêts), *Sté Signalisation France*, n°420491 et n°421758, et *Sté Signaux Giraud*, n°421833. V. aussi, et surtout, CE, 10 juillet 2020, *Lacroix Signalisations*, n°420045 dans lequel le Conseil d'État admet la nullité d'un contrat conclu après une entente entre fournisseurs de panneaux de signalisation routière, préalablement condamnés par l'autorité de la concurrence comme dans la décision de la Cour de cassation précitée, et conclut ensuite à la nullité et aux restitutions. Les deux affaires étaient pourtant assez similaires, mais conduisent à des solutions radicalement différentes.

⁷ Pour davantage de détails, V. not. R. AMARO, « Nullité, restitutions et réparation : le Conseil d'État clarifie l'articulation des sanctions que peut demander au juge administratif une personne publique victime d'une entente entre soumissionnaires à un appel d'offres », *AJ contrat* 2020, p.482.

intentée devant le juge judiciaire pour qu'il se prononce sur la mesure administrative d'éloignement qui fonde la mise en rétention. Le juge judiciaire sera compétent pour statuer sur la loyauté de l'interpellation¹, le Conseil d'État tranchant quant à lui sur les circulaires du Ministre de la justice définissant les conditions de ces interpellations² : des points de divergences sont donc identifiables, le Professeur LECUCQ soulignant que « *de ce point de vue, il n'est pas certain que les Hautes juridictions administrative et judiciaire fassent preuve du même degré d'exigence, la Cour de cassation paraissant en effet encline à imposer que la convocation rappelle, d'une manière ou d'une autre, la situation d'irrégularité de l'intéressé et qu'elle ne reste donc pas complètement silencieuse sur les risques d'engagement d'une procédure coercitive à son encontre* »³. Enfin, la plus grande indulgence du juge judiciaire, et la méfiance que l'on pouvait avoir à l'égard du juge administratif sur des questions relatives à l'atteinte à des droits fondamentaux du justiciable, avaient historiquement justifié le développement de la théorie de la voie de fait⁴. Progressivement, le juge judiciaire s'est ainsi octroyé le pouvoir de contrôler les actes d'une autorité administrative qui agit en dehors des voies de droit, et qui sort des attributions dont elle est légalement investie⁵. Pourtant, en cette matière comme dans celles précédemment citées, on constate une certaine harmonisation qui tend à réduire les divergences d'appréciation entre les deux ordres de juridiction.

91. Une tendance à l'harmonisation des décisions des juridictions des deux ordres.

D'abord, l'activisme parfois excessif du juge judiciaire pour contrôler des actes administratifs et étendre sa compétence, combiné à l'apparition des procédures de référé au profit du juge administratif⁶, ont conduit le Tribunal des conflits à restreindre le champ des actes qui pouvaient constituer la voie de fait. En effet, par le célèbre arrêt *Bergoend*⁷, elle est désormais réduite aux cas où l'administration agit sans observer la procédure d'exécution matérielle de ces actes et lorsqu'elle exerce un pouvoir qui ne lui appartient pas. De surcroît, le juge judiciaire n'est compétent que lorsqu'il a été porté atteinte soit à une liberté individuelle⁸ ou lorsqu'est en cause une perte définitive du droit de propriété⁹. Cela permet au Professeur PLESSIX d'estimer que

¹ V. Civ. 1^{ère}, 6 février 2007, n°05-10.880.

² V. CE, 7 février 2007, *Ligue des droits de l'homme*, n°292607, *AJDA* 2007, p.814, comm. O. LECUCQ.

³ V. O. LECUCQ, « L'interpellation en préfecture des étrangers en situation irrégulière », *AJDA* 2007, p.814.

⁴ Pour une approche historique détaillée, V. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2018, §419.

⁵ *Ibid.*, §418. V. en fin de paragraphe pour des exemples d'actions de l'administration qui constituent une voie de fait.

⁶ Sur ces aspects, *ibid.* §420.

⁷ T. conflits, 17 juin 2013, *Bergoend c/ Sté ERDF Annecy Léman*, n°3911.

⁸ Ce qui est désormais plus restrictif qu'auparavant, puisqu'il n'y avait pas de distinction.

⁹ Et non une simple atteinte comme auparavant.

« le resserrement de la voie de fait auquel procède l'arrêt *Bergoend* devrait tarir à l'avenir les hypothèses de compétences concurrentes, d'autant qu'il est accepté par le juge tant administratif que judiciaire »¹. Ensuite, s'agissant de l'appréciation de la réparation des préjudices, si certes les disparités existent, il n'en demeure pas moins qu'elles sont de plus en plus encadrées, notamment grâce à la nomenclature Dintilhac. De même, la loi « Anti-Perruche » a mis un terme forcé aux dissonances entre les juridictions administratives et judiciaires concernant le préjudice de vie dommageable, et les divergences avaient pu naître du point de vue de son application dans le temps ne sont désormais plus d'actualité². Le constat d'une convergence est aussi similaire s'agissant de la révision d'un contrat pour imprévision, et ce grâce à l'ordonnance du 10 février 2016 qui la définit et la conditionne à l'article 1195 du Code civil. La plupart des exemples de divergences d'interprétation, qui étaient en réalité assez peu nombreux, semblent se réduire. Les juges judiciaire et administratif auront donc vocation à appliquer les normes contrôlées de manière similaire, et l'harmonisation se traduit en grande partie aussi en ce qui concerne l'objet, les effets et les exclusions qui concernent le contrôle de la compatibilité des normes de portée générale aux droits fondamentaux contenus dans les traités.

92. La dualité juridictionnelle française ne saurait nuire à l'effectivité et à la cohérence du système européen de contrôle des droits fondamentaux : il est donc difficilement concevable de laisser, de ce point de vue, subsister des différences trop radicales dans l'exercice des contrôles pratiqués, comme cela avait pu être le cas durant la période comprise entre les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo*. Les juges judiciaire et administratif sont ainsi contraints de dialoguer en vue d'assurer la cohérence d'un système placé sous l'égide d'une juridiction supranationale. Ainsi, une identité d'objet et des effets des contrôles peut être identifiée, chacun d'eux exerçant un contrôle tant du contenu que de l'application des textes. Cette identité s'est toutefois construite de manière très progressive (Section 1). S'agissant du contrôle de l'application des textes, admis plus récemment par le juge judiciaire, des restrictions de son domaine peuvent être constatées. Malgré cela, une certaine harmonie peut être constatée (Section 2).

¹ B. PLESSIX, *op. cit.*, §420, p.518.

² La Cour de cassation a en effet appliqué le dispositif « anti-Perruche » (Civ. 1^{ère}, 15 mai 2011, n°10-27.473), et l'écoulement du temps suffit à évacuer la question des enfants nés handicapés antérieurement à son entrée en vigueur, ce qui fait dire au Professeur LARRIBAU-TERNEYRE, que « le débat est, en toute hypothèse, définitivement clos » (*op. cit.* §2341).

Section 1 : L'identité progressive des contrôles

93. Dans la mesure où le juge administratif, tout comme le juge judiciaire, demeure soumis au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, une évolution similaire à celle du juge judiciaire quant à la nature du contrôle qu'il exerce peut-être constatée. Le contrôle de conventionnalité a toutefois été intégré à un rythme différent dans les ordres administratif et judiciaire. Pour cette raison, l'identité des contrôles du contenu et de l'application des normes nationales a été progressive. En effet, le juge administratif a intégré plus lentement le contrôle de conventionnalité que le juge judiciaire (I). Cela ne l'a pas empêché, tout comme son homologue, de développer le contrôle de la compatibilité de l'application de la loi aux droits fondamentaux (II).

I. La lente admission du contrôle de conventionnalité dans l'ordre administratif

94. L'admission par le juge administratif de sa capacité à exercer un contrôle de la compatibilité des lois au regard des droits fondamentaux d'origine conventionnelle a été plus lente que celle du juge judiciaire, du fait des réticences initiales dont il a fait preuve (A). Une fois ces réticences dépassées, son contrôle s'est d'abord exercé sur le contenu des textes (B).

A/ Les réticences initiales à contrôler la loi

95. **Le refus initial du contrôle.** Pour exclure l'application des traités internationaux au sein de l'ordre juridique national et ainsi éviter de remettre en cause l'autorité de la norme législative, le Conseil d'État a pendant longtemps utilisé la théorie dite de « l'écran législatif »¹. Cette dernière se fonde sur un conflit qui pouvait exister lorsqu'un acte administratif était contrôlé à la fois au regard d'un traité international et au regard d'une loi qui lui était postérieure, votée en considération du contenu de ce dernier. Si le juge administratif avait dû dans ce cas contrôler la légalité de l'acte administratif au regard de la loi en question, mais aussi sa compatibilité avec le traité, par voie de conséquence il aurait été amené à contrôler la validité de la loi avec le traité international. Or, la supériorité du traité étant induite par l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'État considérait qu'examiner la compatibilité de la loi avec le traité

¹ V. not. R. CHAPUS, *Droit administratif général, Tome 1*, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} édition, 2001, p.154, §189 et suiv. ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat droit public, 11^{ème} édition, 2017-2018, p.79, §91 ; J. MORAND-DEVILLER, P. BOURDON, F. POULET, *Droit administratif*, LGDJ, 15^{ème} édition, 2017, p.309 et suiv.

revenait à juger de sa constitutionnalité, rôle qui ne lui incombait pas¹. Ainsi se développe la théorie selon laquelle, lorsque un acte administratif serait jugé conforme à une loi, il ne pourrait être admis qu'il méconnaîtrait un traité antérieur à ladite loi, cette dernière faisant « écran » entre les deux. Le Conseil d'État estime en effet que « *d'une part il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la constitutionnalité de la loi [...], d'autre part que le décret attaqué se borne à appliquer les dispositions de cette loi en précisant les règles d'organisation de l'élection, notamment celles relatives aux déclarations de candidature, à la propagande et au déroulement des opérations électorales ; que, par suite, les moyens tirés de ce que le décret pourrait être contraire à la constitution, aux principes consacrés par son préambule et à l'article 138 du traité précité tendant nécessairement à faire apprécier par le juge administratif la constitutionnalité des dispositions de la loi et leur conformité à ce traité ; que ces moyens ne peuvent donc être accueillis* »². Un tel positionnement n'aurait pu perdurer, notamment au regard de ceux pris par le juge communautaire et le juge judiciaire.

96. Un positionnement intenable. Cette résistance à l'exercice d'un contrôle des lois ou des actes administratifs au regard des traités pris antérieurement a fini par placer le juge administratif dans une position d'isolement peu tenable. Outre le fait que la France faisait figure d'exception comparativement aux autres pays européens, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et de la Cour de cassation rendait celle du Conseil d'État peu cohérente. En effet, depuis 1978 avec l'arrêt *Simmenthal*³, le juge européen imposait de laisser inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire à une réglementation d'origine communautaire, y compris lorsque la disposition en cause est postérieure à l'entrée en vigueur du traité qui le consacre. De son côté, le juge judiciaire estimait en 1975⁴ dans l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*⁵ que « *le traité [...], en vertu de l'article [55] de la constitution, a une autorité supérieure à celle des lois [et] institue un ordre juridique propre intégré à celui des*

¹ Cette déduction est posée implicitement, V. CE, 1 mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, n°62814, D. 1968, p.285, note M. L. ; *RGDIP* 1968, p.1128, note C. ROUSSEAU ; *RTDE* 1968, p.388 ; concl., note C. CONSANTNIDÈS-MÉGRET ; CE, Ass., 13 mai 1983, *Société René Moline*, n°37030, *AJDA* 1983, p.323, note M. BAZEX ; *Rev. adm.* 1983, p.578, note B. PACTEAU. Il va jusqu'à considérer, sans expliciter la logique de la loi écran, « *qu'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité de cette loi aux dispositions dudit traité* » (V. CE, 1/4 SSR, 8 février 1985, *Association des centres E. Leclerc*, n°47810).

² CE, Ass., 22 octobre 1979, *UDT et Élection de l'Assemblée des Communautés européennes*, n°17541. Dans le même sens, CE, Ass., 23 novembre 1984, *Roujansky*.

³ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, n°C-106/77. Pour davantage de détails, V. §177.

⁴ Quelques mois seulement après la décision *IVG* du Conseil constitutionnel, qui s'était déclaré incompétent pour exercer un tel contrôle en la matière.

⁵ Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556.

États membres ; [...] En raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions ». Sans entrer dans le détail tant la question est connue, cela témoigne surtout du fait que le Conseil d'État fait preuve d'une certaine réticence à contrôler la norme législative au regard des traités internationaux, quitte à se placer à contre-courant des mouvements partagés par ses homologues européens ou même nationaux. Cela se justifie en grande partie par sa réticence à contrôler la loi, le Président LABETOULE estimant, que le débat « *se pose - et est tranché, en 1968 comme en 1989 - en termes de droit interne (les rapports entre le juge et la loi) bien plus qu'en termes de hiérarchie des normes* »¹. L'acceptation a donc été plus contrainte que spontanée, et s'est effectuée plutôt timidement. La timidité s'est aussi traduite par son refus de contrôler la norme en référé.

97. Le refus initial du contrôle en référé. La loi du 30 juin 2000 organise les différentes procédures d'urgence que peut connaître le juge administratif, qui font l'objet du livre 5 du Code de justice administrative (CJA). Parmi elles, et c'est là l'une des innovations majeures du texte, on trouve le référé liberté² à l'article L521-2 du CJA, qui permet au juge « *d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ». La rédaction laisse une large marge d'appréciation au juge en ce qui concerne les sources des libertés fondamentales qui peuvent justifier un tel référé. Peuvent donc potentiellement être utilisés les droits contenus dans le bloc de constitutionnalité, mais aussi les droits contenus dans la CEDH³. On peut d'abord constater que le Conseil d'État, initialement, préférerait apprécier les libertés fondamentales évoquées par le CJA au regard de la Constitution plutôt qu'au regard de la CEDH⁴. L'affaire était donc d'ores et déjà mal engagée pour interpréter les droits de la Convention, et encore moins pour y confronter la norme législative en vue d'en apprécier la

¹ D. LABETOULE, « Des Semoules à Nicolo », *RFDA* 2014, p.585.

² V. not. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008, p.1423 ; C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, LGDJ, Manuel, 7^{ème} édition, 2019, p.490 et suiv. V. surtout, pour une étude complète de cette procédure, O. LE BOT, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, préface B. STIRN, LGDJ, Fondation Varenne, Collection des thèses, n°9, 2007.

³ Cela n'exclut pas non plus l'évocation de droits issus de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par exemple, de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, ou même de droits ou libertés fondamentales qui seraient simplement d'origine législative, cf. CE, ord., 16 août 2002, *Mmes Feuillatay*, n°249552, qui érige en liberté fondamentale le droit du patient majeur d'exprimer son consentement contenu dans une disposition du Code de la santé publique.

⁴ V. not. M. AFROUKH, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2016, p.685 ; P. WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA* 2007, p.58.

conventionnalité¹. Cela traduit une nouvelle fois la résistance du Conseil d'État vis-à-vis du droit international des droits de l'homme, et ce par l'utilisation de détours parfois obscurs pour privilégier la norme constitutionnelle au détriment de la Convention qui consacrait pourtant plus directement certains droits fondamentaux². C'est donc logiquement que le juge des référés se prononce *a fortiori* en défaveur de l'exercice d'un quelconque contrôle de conventionnalité dans le cadre d'une procédure de référé, cette dernière étant selon lui une procédure d'urgence ne se prêtant pas à ce type de contrôle³. Il n'admet le moyen d'inconventionnalité d'une loi que lorsqu'il avait déjà été invoqué au principal et qu'une décision juridictionnelle avait été rendue sur la question⁴. Le contrôle ne serait dans ce cas pas véritablement exercé en référé, le juge de l'urgence ne se contentant que de reprendre une solution déjà posée préalablement dans le cadre d'une procédure au fond⁵. Ces réticences ont toutefois été progressivement dépassées, et on constate aujourd'hui une réelle volonté du juge administratif de s'approprier pleinement le contrôle des lois, dans un esprit de dialogue inter-juridictionnel.

98. Une volonté manifeste de favoriser le dialogue des juges. Malgré ses réticences initiales à contrôler la conventionnalité de la loi, il n'en demeure pas moins que le juge administratif a ensuite bien joué le jeu de l'intégration du droit européen⁶. On doit d'ailleurs l'expression « dialogue des juges », aujourd'hui très largement reprise, au président

¹ La CourEDH pointe d'ailleurs carences du référé-liberté en matière de procédure d'asile à la frontière : cette procédure n'ayant pas d'effet suspensif, le requérant pouvait être réacheminé avant même que le juge n'ait tranché (CEDH, 26 avril 2007 *Gebremedhin c/ France*, n°25389/05).

² Ainsi par exemple, au lieu de se fonder sur le droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la CEDH, il la consacre sans réelle motivation, V. CE, 9 avril 2004, *Vast*, n°263759 ; ou encore, et c'est plus significatif, il préfère se référer à un principe général du droit qu'il déduit du préambule de la Constitution de 1946 pour consacrer une liberté fondamentale assurant la protection de la vie familiale alors qu'il eût été plus simple de se référer à l'article 8, V. CE, 30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Mme Tliba*, n°238211.

³ CE, 30 décembre 2002, *Ministre de l'aménagement, du territoire et de l'environnement c/ M. Carminati*, n°240430.

⁴ CE, ord., 21 octobre 2005, *Associations aides*, n°285577 ; CE, ord., 20 décembre 2005, *M. Meyet*, n°288253 ; CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n°287777. Dans les trois cas, il est énoncé dans l'ordonnance qu'« eu égard à l'office du juge des référés, un moyen tiré de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, susceptible d'être pris en considération ».

⁵ Pour une synthèse quant à cette interdiction et surtout ses atténuations à l'époque, V. C. GROULIER, « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé », *AJDA* 2007, p.1274 ; P. CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », *RFDA* 2007, p.45 ; T.-X. GIRARDOT, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés », *AJDA* 2006, p.1875.

⁶ V. par exemple l'intervention à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan d'Yves ROBINEAU, Président de section au Conseil d'Etat, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », 24/10/2014, site internet du Conseil d'Etat. V. aussi, pour des exemples en matière de droit au procès équitable, l'intervention de Jean-Marc Sauvé, « Enjeux et défis du Conseil d'État de France », le 15 octobre 2013 à l'Université de Louvain, site internet du Conseil d'État.

GENEVOIS, qui l'appelait de ses vœux dès 1978. À ce dialogue¹ s'ajoute, comme le souligne le président STIRN², un véritable « réseau de juges », qui se traduit par de nombreux liens et échanges entre les différentes cours suprêmes d'Europe, mais aussi avec les cours européennes. Mentionnant la question du protocole n°16 de la CEDH, il se positionne d'ailleurs en sa faveur en formulant : « *j'ai depuis longtemps appelé une telle réforme de mes vœux, car elle permettra des liens beaucoup plus fluides entre les juridictions nationales et la Cour de Strasbourg. Faute de ce mécanisme, les cours sont aujourd'hui contraintes de se jeter à l'eau, tout en sachant qu'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme interviendra quelque temps après, sans que son sens soit aisé à prévoir : il vaut mieux l'interroger ab initio. Par ailleurs, le fait même de poser une question et la manière dont la question est posée sont des éléments de dialogue très importants* ». Prônant l'ouverture aux logiques du droit de l'Union et du droit de la Convention, ainsi qu'aux grandes décisions des pays signataires, il termine en estimant que « *le droit public européen se construit par des interactions réciproques entre droit de l'Union, droit de la convention et droits nationaux. Ces trois cercles interagissent les uns sur les autres en permanence. Un système juridique européen se constitue, au point de faire disparaître peut-être la distinction entre civil law et common law, en empruntant à ces deux traditions. Il a ses principes essentiels : proportionnalité, sécurité juridique, subsidiarité, égalité* ». Le vice-président SAUVÉ, dans ce même ordre d'idée, faisait ainsi la promotion d'un devoir de coopération loyale et transparente entre les juges nationaux et européens³, afin de se protéger de toute insécurité juridique. L'intégration du contrôle de l'application des lois n'est toutefois pas directement présentée comme étant la résultante d'une concurrence entre Cour européenne des droits de l'homme et juridictions administratives. Les réticences du juge administratif ont donc fort heureusement été dépassées, ce qui a conduit à constater une identité

¹ L'évolution de la motivation des décisions du juge administratif peut d'ailleurs contribuer à l'insertion du juge administratif dans le dialogue des juges, V. sur ce point, M. CHATEAU-GRINE, *La motivation des décisions du juge administratif*, thèse dactylographiée, Nantes, 2018, spéc. p.308 et suiv.

² Discours de Bernard STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'État, lors du colloque portant sur « L'eupéanisation du droit : quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ? » le 9 octobre 2014, à Grenoble, site internet du Conseil d'État. V., dans un sens similaire, l'intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors de la World Policy Conférence à Monaco sur le thème « Destruction ou métamorphose de l'ordre juridique ? Le point de vue d'un juge français », le samedi 14 décembre 2013, site internet du Conseil d'État.

³ Il mentionne en effet qu'« *il peut certes exister entre les uns et les autres des différences ou des divergences d'appréciation légitimes, mais elles ne doivent pas être sources d'insécurité juridique. Il est important qu'en pareil cas, un dialogue approfondi – formel par la voie de questions préjudicielles ou informel – puisse se développer entre ces juges. Mais, lorsqu'une juridiction suprême européenne a pris une position, il est souhaitable, il est même nécessaire que, sauf motif particulièrement grave et impérieux, les juges nationaux ne s'en éloignent pas* ». V. l'intervention de Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État, « L'étendue et les limites du pouvoir du juge », à l'occasion d'un Colloque européen sur le juge et la politique le 31 octobre 2014, site internet du Conseil d'État.

des contrôles des juridictions des deux ordres, du moins s'agissant de la distinction « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » de la loi. Tout comme ce dernier, le contrôle exercé était initialement focalisé sur le contenu de la norme.

B/ Un contrôle initialement cantonné au contenu de la loi

99. L'acceptation d'un contrôle du contenu. Ainsi, le juge administratif abandonne la théorie de l'écran législatif avec l'arrêt *Nicolo*¹ rendu en 1989. Loin d'y proclamer une déclaration de principe, il se contente de rejeter – après en avoir examiné le bien-fondé – un moyen qui tendait à démontrer l'incompatibilité d'une loi avec un traité, plutôt que de le déclarer irrecevable. C'est en raisonnant *a contrario* qu'on pouvait y déceler sa volonté de considérer que les traités internationaux avaient une autorité supérieure à celle des lois, ces dernières devant être écartées et donc inappliquées tant qu'elles y resteraient incompatibles. Il faut attendre l'année qui suit pour que soit examinée la conformité d'une disposition législative avec la Convention européenne, et que le contrôle de conventionnalité soit exercé de manière explicite par le Conseil d'État. Ce dernier l'admet dans une décision *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*², à propos d'arrêtés autorisant l'utilisation d'une substance utilisée pour pratiquer les avortements. Il considère d'abord pour justifier son contrôle de la norme législative « *qu'en invoquant la violation de principes ou textes de valeurs constitutionnelle ou internationale, les requérants mettent, en réalité, en cause non la légalité de l'arrêté attaqué, mais la compatibilité [...] des lois [...] avec les principes et actes dont ils invoquent la violation* ». Cela lui permet d'examiner directement la conventionnalité des lois, sans passer par l'intermédiaire de l'acte administratif qui avait pourtant initialement fait l'objet du recours, confirmant ainsi la disparition de la théorie de l'écran législatif en la matière. Après cette énonciation, il examine donc la compatibilité en considérant « *qu'eu égard aux conditions ainsi posées par le législateur, les dispositions issues des lois [...] relatives à l'interruption volontaire de grossesse, prises dans leur ensemble, ne sont pas incompatibles avec [l'article 2-4] de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* ». Le contrôle ainsi exercé l'est *in abstracto*, et directement sur des dispositions législatives au regard d'un droit contenu dans la Convention. Il faut toutefois noter que de manière générale, comme le souligne le Professeur PLESSIX, « *l'europeanisation du droit administratif français ne doit pas dissimuler*

¹ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

² CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, n°105743.

la résistance dont a longtemps fait preuve le Conseil d'État pour appliquer la Convention et « recevoir » la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français »¹.

100. L'affirmation d'un contrôle du contenu similaire à celui du juge judiciaire. Il convient de l'admettre avant d'entamer le propos qui suivra : la recherche n'a pas été aussi approfondie que s'agissant des décisions rendues par le juge judiciaire, l'objectif n'étant pas d'étudier en profondeur la méthode du juge administratif, mais simplement d'identifier sa capacité à contrôler le contenu des lois, afin d'identifier une cohérence entre les juridictions des deux ordres. On reprendra ici des décisions déjà citées dans l'étude de Monsieur Thibaut LARROUTUROU, qui en a dressé un recensement sur les années 2017 et 2018², dont on aura ensuite étendu de manière ciblée le champ de recherche³. Certaines expressions ressemblent ainsi à celles précédemment évoquées s'agissant de la Cour de cassation, et témoignent de l'exercice par le juge administratif d'un contrôle qui porte sur le contenu des textes, qu'il s'agisse de règlements ou de lois. Dans les deux cas, on retrouve les expressions « [X dispositif issu du règlement contrôlé] ne méconnaît pas [X article de tel ou tel traité/ ou X stipulations] »⁴,

¹ V. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2018, p.96, §72. L'auteur prend d'ailleurs très justement l'exemple de la position souple du Conseil d'État vis-à-vis des dispositions rétroactives relatives à la loi anti-Perruche, qui se traduit par une atténuation tant de la position de la Cour européenne que de celle du Conseil constitutionnel sur ce sujet. Des exemples de résistance larvée subsistent donc.

² Pour un panorama de la soixantaine de décisions rendues sur ces deux années, V. Th. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, L.G.D.J., 2021, p.513, §764. À noter toutefois que près de la moitié d'entre elles concernent un contrôle de la compatibilité du droit français avec le droit de l'Union européenne, au sens « contrôle de légalité » du terme, sans qu'il ne soit question de la protection des droits fondamentaux. Ces décisions n'étant pas prises en compte dans le cadre de la présente étude, pour les raisons déjà exposées, elles ne seront pas citées.

³ La méthode de recherche a cette fois consisté à extraire certaines expressions des décisions citées dans la thèse évoquée, pour ensuite trouver des décisions antérieures et postérieures en vue d'identifier une possible systématisation, mais aussi de croiser les formulations déjà trouvées chez le juge judiciaire. Là encore, le nombre de décisions contraint à des citations les plus ramassées possible, en vue de faciliter la lecture. Leur recensement n'est absolument pas exhaustif, mais vise à témoigner de la constance dans le contrôle de la loi tel qu'il est exercé par le juge administratif, et sa proximité avec celui du juge judiciaire.

⁴ L'expression est résumée. Dans certains cas, on retrouve davantage de lourdeur, comme « les dispositions critiquées ne peuvent être regardées comme méconnaissant les stipulations de [X traité] ». Les décisions comprenant le terme « méconnaissance » ou un de ses dérivés sont citées ci-après, évidemment sans exhaustivité : CE, 02/03/1994, n°138617 ; 08/09/1995, n°155161 ; 08/06/1998, n°185437 ; 06/11/2000, n°204784 ; 09/02/2000, n°185667 ; 23/02/2000, n°199110 ; 20/12/2000, n°206044 ; 29/12/2000, n°287246 ; 06/04/2001, n°205165 ; 23/06/2004, n°254613 ; 28/07/2004, n°245930 ; 05/01/2005, n°257341 ; 16/01/2006, n°252782 ; 24/03/2006, n°257330 ; 05/04/2006, n°275742 ; 06/12/2006, n°285688 ; 16/06/2008, n°297568 ; 31/12/2008, n°296472 ; 09/03/2009, n°290647 ; 09/06/2010, n°321506 ; 23/12/2011, n°331659 ; 21/11/2012, n°347223 ; 17/09/2013, n°367396 ; 20/06/2016, n°386146 ; 30/01/2017, n°394686 ; 22/02/2017, n°386430 ; 22/02/2017, n°396364 ; 15/03/2017, n°393894 ; 26/04/2017, n°400971 ; 28/07/2017, n°394776 ; 08/11/2017, n°397560, §8 ; 04/12/2017, n°379685, §6 ; 04/12/2017, n°403944, §13 et §17 ; 21/02/2018, n°406987 ; 05/03/2018, n°416514 ; 30/05/2018, n°409440, §29 ; 27/06/2018, n°419370, §12 ; 18/07/2018, n°406288, §9 ; 18/07/2018, n°414912, §5 ; 26/07/2018, n°394922, §11 ; 05/10/2018, n°407715, §4 ; 17/12/2018, n°416311, §5 ; 28/12/2018, n°404792 ; 03/04/2020, n°426941 ; 11/02/2022, n°451784.

ou encore « [X disposition] n'est pas contraire [aux stipulations de X Traité] »¹, voire « ne sont pas incompatibles »², ou « [X disposition ou décision] ne saurait porter atteinte à [X droit] »³. Dans certaines décisions, le juge administratif énonce d'ailleurs que « *les juridictions administratives et judiciaires, à qui incombe le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit de l'Union européenne ou les engagements internationaux de la France, peuvent déclarer que des dispositions législatives⁴ incompatibles avec le droit de l'Union ou ces engagements sont inapplicables au litige qu'elles ont à trancher* »⁵, pour ensuite conclure, dans la plupart des cas, que « [X dispositions] sont incompatibles avec ces stipulations conventionnelles ». Une telle expression est claire, et tend à montrer que la logique est exactement similaire à celle déjà évoquée chez le juge judiciaire. Toutefois, l'étude approfondie des décisions du juge administratif tend à montrer que, si certes une grande diversité des termes employés est tout autant constatée, elle semble moindre, et les formules sont davantage « systématiques » et permettent une recherche plus aisée, de décisions pourtant plus nombreuses⁶. Cela semble

¹ Nous précisons à nouveau, sans exhaustivité. CE, 22/03/1993, n°121779 ; 28/02/1996, n°157315 ; 21/05/1997, n°157195 ; 22/02/2002, n°222891 ; 29/01/2007, n°284113 ; 14/04/2008, n°298810 ; 23/12/2010, n°306228 ; 10/01/2011, n°329239 ; 08/12/2011, 354201 ; 23/12/2011, n°337489 ; 26/06/2017, n°404874 ; 10/07/2017, n°404558 (décision non citée dans la thèse source) ; 02/05/2018, n°400495 ; 26/07/2018, n°393099, §5 ; 26/07/2018, n°394922, §14 ; 21/04/2021, n°393099, §39 et §41.

² L'expression a été résumée, la plus couramment utilisée passe par le truchement du requérant qui « n'est pas fondé à soutenir que [X disposition] est incompatible avec » tel ou tel droit invoqué. Le terme « incompatible » assorti d'une négation est, tout comme le juge judiciaire, l'une de celle qui compte le plus de résultats. Un infime échantillon de décisions, réparties annuellement, sera cité pour témoigner de la constance de son utilisation. À noter que, tout comme la chambre criminelle (entre autres), l'expression « ces dispositions, qui ne sont pas incompatibles avec [X droit] », est assez fréquemment utilisée. V., parmi de bien plus nombreux exemples, CE, 21/12/1990, n°105743 ; 17/02/1995, n°159308 ; 28/07/1995, n°132453 ; 08/09/1995, n°152648 ; 11/09/1995, n°153292 ; 30/07/1997, n°185439 ; 02/06/1999, n°207752 ; 18/10/2000, n°208168 ; 28/02/2001, n°229163 ; 26/09/2001, n°208238 ; 24/06/2002, n°242376 ; 26/02/2003, n°241385 ; 27/02/2004, n°240662 ; 23/06/2004, n°257797 ; 20/04/2005, n°264231 ; 10/08/2005, n°263887 ; 18/07/2006, n°286122 ; 18/07/2006, n°274664 ; 21/12/2007, n°299993 ; 21/03/2008, n°281995 ; 27/07/2009, n°312467 ; 23/12/2010, n°337899 ; 09/07/2014, n°373304 ; 22/09/2017, n°400823 ; 20/12/2017, n°396153, §6 ; 05/01/2018, n°416689 ; 06/06/2018, n°405453 ; 13/06/2018, n°421333 ; 14/06/2018, n°409227 ; 13/03/2020, n°429022, §7 ; 29/01/2021, n°448968, §5.

³ CE, 25/10/2017, n°374836, §4 ; CE, 25/10/2017, n°397231, §11 ; ou « ne portent pas une atteinte excessive », V. CE, 13/02/2002, n°221913 ; 30/07/2003, n°253973 ; 30/07/2014, n°370306 ; 08/11/2017, n°396549, §8 ; CE, 18/05/2018, n°400675, §21 ; CE, 25/05/2018, n°409871 ; CE, 01/06/2018, n°412161, §5 ; 26/03/2021, n°438146 ; ou « une atteinte disproportionnée », CE, 05/03/1999, n°194658 ; 16/05/2001, n°228343 ; 05/07/2004, n°236840 ; 13/10/2004, n°248319 ; 04/12/2017, n°379685, §8 ; 02/08/2018, n°408169, §8 ; 19/10/2018, n°411915, §6 ; 15/06/2020, n°423815 ; 21/10/2020, n°441126.

⁴ Nous soulignons.

⁵ CE, 13/05/2011, n°316734 ; 22/06/2011, n°321582 ; 03/10/2011, n°328328 ; 06/12/2011, n°314930 ; 23/01/2012, n°340662 ; 04/04/2012, n°326200 ; 14/05/2012, n°313761 ; 29/06/2012, n°346407 ; 03/10/2012, n°338441 ; 16/10/2012, n°338354 ; 29/10/2012, n°329646 ; 16/01/2013, n°337662 ; 10/04/2015, n°377207 ; 29/03/2017, n°3995506. Ces décisions connaissent toutes de la matière fiscale, parfois d'ailleurs sur des dispositions exactement similaires. Dans certains arrêts, elle les laisse inappliquées sans citer une telle formule, ni celles précitées, V. par exemple CE, 06/06/2018, n°4114482.

⁶ Le plus grand nombre de décisions s'agissant du juge administratif avait été constaté par Monsieur LARROUTOUROU pour les années 2017 et 2018 : malgré l'impossibilité d'effectuer une comptabilité plus rigoureuse sur plus de trois décennies, il semble qu'un tel constat puisse être généralisé de 1989 à 2022, du moins sous réserve d'avoir pu déceler suffisamment de décisions chez le juge judiciaire. Les recherches par expressions

résulter de l'habitude du juge administratif à contrôler la légalité des actes et décisions administratifs, qu'il a transposée au contrôle des lois *lato sensu*. D'ailleurs, bon nombre d'arrêts dans lesquels la Convention européenne est citée, avec les termes susmentionnés, ont pour objet le contrôle de la compatibilité de telles décisions administratives individuelles avec des droits fondamentaux, sans réelle distinction terminologique. De même s'agissant des normes contrôlées au regard de directives européennes, qui constituent la forme la plus proche d'un contrôle de légalité au regard de normes supranationales¹. Ainsi, suivant une évolution similaire, lorsque le Conseil d'État admet de contrôler la conventionnalité d'une norme en référé, ce contrôle porte aussi sur le contenu de la norme.

101. Un contrôle du contenu de la norme en référé. L'étape de l'utilisation explicite et exclusive d'un droit fondamental d'origine supranationale est enfin franchie en 2011, soit 11 ans après l'instauration de la procédure du référé-liberté. En effet, dans son arrêt *Ville de Paris*², le Conseil d'État rend ses motifs au visa de l'article 2 de la Convention et admet ainsi que cette dernière puisse être invoquée à l'appui d'une demande dans le cadre d'un référé-liberté. Il n'hésite par ailleurs plus à se fonder sur la Convention et les interprétations du juge européen pour dégager des atteintes à des droits fondamentaux, que ce soit dans le cadre de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants³, ou encore du droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8⁴. On peut noter aussi dans le cadre de l'affaire *Lambert* que le Conseil d'État effectue une appréciation relativement proche de celle d'un recours pour excès de pouvoir⁵. Il délaisse d'ailleurs l'exigence d'une atteinte « manifeste » à une liberté fondamentale alors que c'est pourtant une des conditions de recevabilité du référé-liberté. Dans un premier arrêt⁶, une expertise médicale est demandée, et est déjà mentionnée la nécessité de

précitées donnent à première vue davantage de résultats, qui conduisent à trouver des décisions dans lesquelles un contrôle du contenu est pratiqué.

¹ Qu'il s'agisse du premier ou du second cas, les décisions n'ont pas été citées dans l'étude, puisqu'elles en sont exclues. Le constat est tout de même intéressant et permet d'expliquer l'implication du juge administratif et sa plus grande rigueur terminologique dans le contrôle du contenu des lois.

² CE sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris, Société d'économie mixte PariSeine*, n°353172. Il était toutefois possible de noter que les prémices d'un tel abandon étaient identifiables dans une ordonnance rendue par le Conseil d'État en 2008, V. CE, 6 mars 2008, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement c/ M. Dociev*, n°313915.

³ Dans le cadre de mauvaises conditions de détention, V. CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, n°364584 ; et CE, ord., 10 avril 2013, *M. Moussaoui*, n°367343. V. aussi, en ce qui concerne le contentieux des étrangers dont le renvoi dans le pays d'origine pourrait constituer un traitement inhumain et dégradant au vu de son état de santé, CE, ord., 19 janvier 2015, *Mme Nchamba*, n°387067.

⁴ CE, ord., 30 juillet 2015, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°392043.

⁵ V. P. CASSIA, « Arrêt de traitement médical : un bien étrange référé liberté », *AJDA* 2014, p.1225.

⁶ CE, Ass., 14 février 2014, *Lambert*, n°375081. À noter que le Conseil d'État, en matière de référé liberté, statue en tant que juridiction d'appel.

procéder à « *la conciliation des libertés fondamentales en cause, que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable* ». Une deuxième décision suit quelques mois plus tard¹, dans laquelle le Conseil d'État, accepte explicitement de se prononcer sur la conventionnalité de la loi Léonetti du 22 avril 2005². En effet il énonce qu'« *eu égard à l'office particulier qui est celui du juge des référés lorsqu'il est saisi [...] d'une décision prise par un médecin en application du code de la santé publique et conduisant à interrompre ou à ne pas entreprendre un traitement au motif que ce dernier traduirait une obstination déraisonnable et que l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie, il lui appartient, dans ce cadre, d'examiner un moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions législatives dont il a été fait application avec les stipulations de la CEDH* ». La position est claire, et bien qu'elle semble cantonnée à l'espèce particulière soumise à son appréciation, il n'en demeure pas moins que le juge des référés élargit considérablement son office, en acceptant d'examiner la conventionnalité du texte. Dans cette affaire, le contrôle demeurait toutefois seulement cantonné au contenu de la loi, puisque le juge administratif considérait ici que « *prises dans leur ensemble, eu égard à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles doivent être mises en œuvre, les dispositions contestées du code de la santé publique ne peuvent être regardées comme incompatibles avec les stipulations de l'article 2 de la CEDH* ». À noter que la valeur accordée à la Convention a connu une bonne réception auprès de la CourEDH saisie en suivant de l'affaire³, qui a conforté la position du Conseil d'État en se fondant avec précaution sur son appréciation de la loi interne, et en considérant que la possibilité d'exercer un recours juridictionnel contre la décision du médecin d'arrêter les traitements était aussi une garantie. C'était sous-entendre que le recours juridictionnel était efficace, et ainsi vanter les mérites des juridictions administratives quant à leur capacité à assurer la protection des droits fondamentaux. Du point de vue de la méthode de contrôle, on retrouve d'ailleurs, y compris en référé, certaines expressions identiques à celles déjà observées chez le juge judiciaire, comme « *X dispositions législatives, lesquelles ne sont manifestement pas incompatibles avec X droit issu de X traité* »⁴. D'autres sont encore une fois propres au contrôle de légalité des actes administratifs qu'exerce le juge administratif, mais témoignent aussi d'un

¹ CE, Ass., 24 juin 2014, *Lambert*, n°375081. Pour un exemple postérieur, CE, 4 décembre 2018, n°425446, §6.

² Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

³ CEDH, Gr. ch., 5 juin 2015, *Lambert et a. c/ France*, n°46043/14.

⁴ Pour un exemple marquant et récent, V. CE, ord., 16 mars 2017, n°408730, §9, dans laquelle il s'agissait d'ailleurs d'un contrôle effectué tant au regard des stipulations du pacte international relatif aux droits civils et politiques qu'à celles de la Convention européenne.

contrôle du contenu¹. Dans d'autres cas, L'identité des contrôles du contenu de la loi implique que juge administratif et judiciaire puissent examiner la compatibilité de normes similaires. Malgré la prudence dont a pu faire preuve le Conseil d'État, il n'en demeure pas moins qu'il s'est rapidement saisi du contrôle de l'application des lois, et ce bien avant le juge judiciaire.

102. Un contrôle du contenu de la norme dans la saisine pour avis. En vertu de l'article L113-1 du Code de justice administrative, tout comme le juge judiciaire, le juge administratif, peut être saisi par les juridictions du fond en vue de répondre à « une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ». Contrairement au juge judiciaire, le juge administratif a très tôt admis de contrôler le contenu des lois dans ce cadre, selon une méthode similaire à celle précédemment évoquée. Il s'en est toutefois bien plus largement saisi, ce qui laisse entrevoir un certain nombre de potentialités qui étaient moins identifiables que dans l'ordre judiciaire, dans la mesure où il y a davantage de recul sur la question. Les recherches menées ont conduit à identifier près d'une vingtaine d'avis dans lesquels un contrôle de la compatibilité du contenu des lois à la Convention européenne des droits de l'homme est pratiqué, entre 1988 et 2022². Les formules utilisées sont assez similaires à celle que l'on peut observer dans les arrêts du Conseil d'État, les termes « méconnaissance », « incompatibilité/compatibilité de [X loi] », « les dispositions critiquées respectent [X droit] » ou « ne peuvent être regardée comme portant atteinte à [X droit] » sont ainsi fréquemment utilisés, tantôt au travers de la question posée³, de la réponse donnée⁴, ou des deux⁵. Cela

¹ V. par exemple, CE, ord., 8 décembre 2017, n°406939. Le juge administratif estime par exemple que le moyen tiré de l'incompatibilité de la base légale du décret avec des dispositions conventionnelles « *n'est pas de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité du décret attaqué* » (§11), ce qui témoigne une nouvelle fois du contrôle du contenu du texte.

² La problématique résidait dans le fait que la base de données Légifrance, à notre connaissance, ne recense pas les avis de manière différenciée, ni la base de données Ariane web du Conseil d'État. D'autant que certains avis sont rendus sans qu'ils ne soient visibles du point de vue d'une composition particulière. De surcroît, les dispositions relatives à l'avis ont changé du fait de la codification du Code de justice administrative en 2000. Par conséquent, il a fallu orienter la recherche en jonglant entre l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, qui est systématiquement cité dès qu'un avis est rendu entre 1988 et 2001, et l'article L113-1 du Code de justice administrative qui a découlé de l'ordonnance n°2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative dudit Code, à partir de 2001. La recherche a essentiellement porté sur les droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'exhaustivité dans les décisions citées ci-après est donc exclue.

³ CE, 9/10 SSR, 10/12/2008, n°317573 ; 4/5 SSR, 02/07/2010, n°332825 ; 5/4 CR, 27/05/2016, n°397842.

⁴ CE, Avis 2/6 SSR, 29/12/1999, n°210147.

⁵ CE, Avis 10/7 SSR, 13/01/1997, n°181775 ; Avis 5/3 SSR, 27/09/1999, n°208242 ; Avis 8/3 SSR, 16/02/2001, n°226155 ; Ass., 12/04/2002, n°239693 ; 9/10 SSR, du 03/11/2003, n°257946 ; Ass., 27/05/2005, n°277975 ; SC, 18/07/2006, n°286122 ; Ass., 16/02/2009, n°315499 ; 10/9 SSR, 13/06/2013, n°362981 ; 5/6 CR, 21/12/2018, n°424520.

Pour d'autres exemples moins explicites mais dans lesquels un contrôle du contenu des lois est pratiqué, V. CE, Avis Sect., 31/03/1995, n°164008 ; Avis Sect., 23/04/1997, n°183689 ; Ass., 12/04/2002, n°239693 ; 3/8 SRR, 04/12/2009, n°329173.

témoigne du fait que la saisine pour avis est davantage mobilisée chez le juge administratif que le juge judiciaire, du moins s'agissant de questions relatives à l'examen de la compatibilité du contenu des lois. Le juge administratif exerce tout autant un contrôle de l'application des lois.

II. Le rapide développement du contrôle de l'application de la loi

103. Contrairement au juge judiciaire, lorsque le juge administratif a admis sa capacité à contrôler la loi au regard des droits fondamentaux, il a assez rapidement opté pour un contrôle de leur application (A). Cela l'a conduit à articuler tant le contrôle du contenu que de l'application des textes, ce qui confirme l'identité des contrôles pratiqués par les juges internes des deux ordres juridictionnels (B).

A/ Le choix initial du contrôle de l'application de la loi

104. Contrôle de l'application de la décision administrative. Après s'être autorisé à contrôler la conventionnalité des lois *stricto sensu* postérieures au traité, le juge administratif a aussi distingué assez rapidement dans son contrôle les cas où le contenu de la loi lui-même était en cause, avec les cas dans lesquels c'était seulement son application à l'espèce qui pouvait être jugée incompatible avec un droit d'origine conventionnelle. Le terrain qui a fait l'objet de ce type d'appréciation est celui du droit des étrangers¹, et plusieurs décisions vont dans ce sens peu de temps après l'arrêt *Nicolo*. Après avoir été réfractaire à la prise en compte de la CEDH en matière de police des étrangers, le Conseil d'État s'est finalement décidé à considérer qu'au regard de l'article 8 il pouvait examiner la conventionnalité des lois dans ce domaine². Ainsi, il effectue un contrôle de l'application de la norme dans plusieurs arrêts successifs, dont les espèces sont proches et concernent en général une mise en jeu du respect de la vie privée et familiale du requérant entrant en concours avec des mesures d'éloignement, d'expulsion ou de reconduite à la frontière découlant de l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Dans l'arrêt *Belgacem*³, le Conseil d'État considère par exemple que « *M. X..., ressortissant algérien, n'a aucune attache*

¹ Alors que le Conseil d'État n'exerçait auparavant qu'un contrôle restreint sur les mesures de police administrative.

² Sous l'influence de la CourEDH, qui l'avait exigée auparavant aux Pays-Bas dans un arrêt *Berrehab c/ Pays Bas* du 21 juin 1988, n°10730/84 en énonçant que « *si en principe un État est libre de définir une politique d'immigration telle qu'il refuse d'admettre [...] l'installation d'étranger sur son territoire [...], les mesures individuelles prises dans le cadre de cette politique générale ne pouvaient, sans méconnaître la convention, porter à la vie familiale d'un étranger une atteinte disproportionnée au but légitime poursuivi.* ».

³ CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n°107470, RFDA 1991.

familiale avec le pays dont il possède la nationalité ; qu'il réside depuis sa naissance en 1958 en France où demeure sa famille composée de douze frères et sœurs dont il a, avec son frère aîné, assumé une partie de la charge à la suite du décès de son père en 1976 » et ajoute ensuite « que si l'intéressé s'est rendu coupable de plusieurs vols en 1980 et 1982, il ressort des pièces du dossier que, compte tenu de son comportement, postérieurement aux condamnations prononcées à raison de ces faits, la mesure d'expulsion prise à l'encontre de M. X... a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie familiale, excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public » pour enfin en conclure « que, dans ces conditions, elle a été prise en violation de l'article 8 de la convention précitée ». Dans la décision Babas¹, rendue le même jour, la méthode est similaire, mais la solution est inverse. En effet, il est énoncé « que si Mme X... est mère d'un enfant né le 26 mars 1989 reconnu par son père, ressortissant marocain titulaire d'une carte de résident, et si elle se trouvait en état de grossesse à la date de l'arrêté ordonnant sa reconduite à la frontière, il résulte des pièces du dossier que, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment de la durée et des conditions de séjour de Mme X... en France, et eu égard aux effets d'une mesure de reconduite à la frontière, l'arrêté du préfet du Loiret en date du 19 avril 1990 n'a pas porté au droit de l'intéressée au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été pris ledit arrêté ». Les juges administratifs sont donc amenés à exercer un contrôle de proportionnalité qui prend en compte les circonstances de l'espèce, notamment relatives aux circonstances propres à chacun des requérants en ce qui concerne leur vie familiale². Même si la norme contestée n'est ici pas de portée générale et impersonnelle, et que donc les effets de ce contrôle sont nécessairement cantonnés à l'espèce dont il est question, il n'en demeure pas moins que du point de vue de la méthode il se rapproche du contrôle de l'application des lois tel qu'il est désormais exercé par le juge judiciaire. C'est aussi le cas lorsqu'il s'agit du contrôle des lois de validation.

105. Contrôle de l'application des lois de validation. D'autres exemples ponctuent la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, mais un autre arrêt rendu en 2010, *Commune de Palavas-les-Flots et de Lattes*³, mettant en jeu l'applicabilité d'une loi de validation dans le cadre d'un litige contractuel, est aussi particulièrement illustratif de ce mouvement. Dans cette

¹ CE, Ass., 19 avril 1991, *Babas*, n°117680, *ibid*.

² Comme la durée de la vie familiale de l'étranger en France, l'effectivité des liens qu'il entretient avec les membres de sa famille, les attaches qu'il lui reste dans son pays d'origine, ou encore le danger que son maintien en France représenterait pour l'ordre public.

³ CE, Sect., 10 novembre 2010, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes*, n°314449 et n°314580.

affaire, suite à un avis du Conseil d'État¹, un tribunal administratif annule un contrat conclu entre une société de distribution d'eau et deux communes. La société interjetta appel, désirant se prévaloir dudit contrat pour obtenir des indemnités. Néanmoins, avant que la cour administrative d'appel ne se prononce, une loi de validation vient valider les contrats de distribution d'eau pour neutraliser la jurisprudence du Conseil d'État à laquelle le tribunal administratif s'était conformé. Le juge d'appel suit donc les prescriptions de la loi et valide le contrat. Les communes forment un pourvoi auprès du Conseil d'État, qui lui-même avait abandonné sa précédente position². Il avait considéré qu'il lui suffisait d'écarter le contrat en cas de constat d'un vice du consentement d'une particulière gravité ou du caractère illicite du contrat et n'en faire ainsi pas application pour ensuite trancher le litige en dehors du terrain contractuel. La question de la conventionnalité de la loi en cause portait sur le droit au procès équitable de l'article 6 : la rétroactivité de la loi de validation impliquait une ingérence du législateur dans les affaires en cours³. Le Conseil d'État, pour l'apprécier, vérifie si cette ingérence se justifiait et était proportionnée à un motif impérieux d'intérêt général. Si l'on peut considérer que l'appréciation des existences de l'ingérence et dudit motif pourrait faire l'objet d'un contrôle cantonné au contenu du texte puisque pouvant s'appliquer à toutes les situations, c'est en ce qui concerne la proportionnalité entre ces deux aspects qu'une analyse concrète va être effectuée. Le Conseil d'État retient ainsi la disproportion entre l'ingérence en cause, soit la validation d'un contrat déjà résilié, et le motif d'intérêt général poursuivi par la loi qui consistait en la continuité du service public⁴. Il se range donc aux conclusions de Nicolas BOULOUIS⁵, à l'époque rapporteur public, qui expliquait clairement que « *le juge, administratif ou judiciaire, n'est pas saisi de manière abstraite et a priori d'une question de compatibilité d'une norme avec une autre, comme par exemple le juge constitutionnel, mais dans le cadre d'un litige* ». Il estime ainsi que « *le juge administratif [...] est [...] saisi de tels litiges « mettant en cause l'application d'une norme à un cas particulier »* » et n'est habilité par l'article 55 qu'« à

¹ CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'or*, n°176873, n°176874 et n°176875.

² CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304802.

³ La CourEDH permet la pratique lois de validation, mais reste méfiante à leur égard et a tendance à être relativement stricte quant à leur appréciation : cette méfiance est devenue contagieuse au sein des juridictions nationales. V., du point de vue du Conseil constitutionnel, §209.

⁴ Le Conseil d'État estime en effet « *que le motif d'intérêt général invoqué en l'espèce, et tenant à la nécessité, en supprimant le vice d'incompétence affectant les contrats couverts par la validation, d'assurer la continuité du service public, ne pouvait être retenu, dès lors qu'à la date à laquelle est intervenue la loi, la collectivité publique avait fait usage de la possibilité que lui reconnaissait le contrat de dénoncer celui-ci au 31 décembre 1999 ; qu'en jugeant ainsi que d'impérieux motifs d'intérêt général justifiaient l'intervention des dispositions de validation au cours du procès engagé devant elle, la cour administrative d'appel de Marseille a inexactement qualifié les faits* ».

⁵ Conclusions de N. BOULOUIS, « Portée de l'inconventionnalité d'une loi de validation », *RJEP* 2011, n°683, comm. 9 ; ou « La double notion d'« inconventionnalité » de la loi », *RFDA* 2011, p.124.

écarter l'application de la loi, pas davantage. Il ne [lui] appartient pas de déclarer une norme législative incompatible avec une norme internationale sans que soit en cause un acte administratif »¹. Il nuance en mentionnant que « *si nos exemples sont limités à la CEDH, sanctionner l'application in conventionnelle de la loi ne s'explique pas par la volonté de reproduire le contrôle in concreto opéré par la Cour de Strasbourg elle-même, autrement dit par une sorte de mimétisme qu'imposerait par exemple le texte des stipulations conventionnelles que vous appliquez. Il vous est en effet arrivé de considérer qu'une disposition législative était par elle-même et non dans l'application qui en était fait au travers de l'acte administratif critiqué incompatible avec telle stipulation de la CEDH* », puis raisonne par comparaison avec l'appréciation de la nullité relative et la nullité absolue adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Marbury c/ Madison*². Il estime en effet que « *la nullité relative se définit comme la reconnaissance qu'il y a un cas, celui soumis au juge, pour lequel l'application de la loi n'est pas constitutionnelle, ce qui conduit à écarter la loi en l'espèce ou, ce qui revient au même à « l'annuler » dans l'application qui en a été faite au cas particulier, en l'espèce seulement si le requérant n'établit pas de manière convaincante que dans d'autres situations le résultat n'est pas plus satisfaisant. Dans les deux cas c'est bien à partir de données concrètes, celle du litige ou des litiges équivalents que le juge statue et non par un examen exclusivement abstrait. Cette approche est particulièrement bien adaptée aux lois de validation, et à leur conventionnalité au regard de l'article 6 § 1 de la CEDH. S'agissant d'une norme conventionnelle d'application directe reconnaissant le droit de tout justiciable à ce que son procès soit équitable, cela n'a rien de surprenant* ». Ces énonciations font ainsi très bien écho au contrôle de l'application des lois tel qu'il est pratiqué par le juge judiciaire. La Professeure DEUMIER résume d'ailleurs avec justesse qu'« *il ne manque pas un impérieux motif à la loi de validation en elle-même ; il manque le motif d'intérêt général dans son application à l'espèce* »³. Elle poursuit d'ailleurs – et le raisonnement convainc – en mentionnant qu'en matière de lois de validation, et plus largement lorsqu'est mise en jeu l'appréciation du législateur du motif d'intérêt général, une appréciation préalable de son caractère impérieux aurait été préférable, la continuité du service public pouvant en effet être aisément détachée de l'affaire en cause. Quelques années plus tard, le Conseil d'État choisit, dans une même décision,

¹ Un tel raisonnement n'est d'ailleurs pas sans rappeler celui derrière lequel se retranche la Cour européenne des droits de l'homme pour refuser une admission explicite du contrôle du contenu des lois.

² Cour Suprême des États-Unis, 24 février 1803, *Marbury v. Madison*, V. E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis, Dalloz, 2010, n°1.

³ V. P. DEUMIER, « Le contrôle de conventionnalité de la loi de validation : un contrôle abstrait et/ou concret ? », *RTD civ.* 2011, p.501.

d'articuler un contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application des lois. Cela constitue un nouvel élément d'identité des contrôles pratiqués.

B/ L'identité par l'articulation d'un double contrôle

106. L'admission du contrôle de l'application des lois en référé. La célèbre décision *Gonzalez-Gomez*¹ rendue en 2016 par les juges du Palais Royal s'amorce par une précision qui concerne l'office du juge des référés. Ainsi, dès le §2, il est très explicitement formulé qu'« *eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés [...] de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France* ». On y voit ainsi une confirmation de sa jurisprudence antérieure, puisque comme cela a été mentionné, le Conseil d'État, malgré certaines réticences, avait fini par admettre la capacité du juge des référés à contrôler la conventionnalité du contenu d'une norme législative. Toutefois, la nouveauté réside dans un discret ajout qui suit la citation précédente : « *ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements* ». La « mise en œuvre » de ces dispositions législatives fait sans aucun doute référence à leur application au cas d'espèce, si bien qu'une simple lecture des premières lignes de la décision laissait présager une extension de l'office du juge des référés. Le Président STIRN estime à juste titre que « *conçu indépendamment du cadre européen, le référé liberté s'y est pleinement inscrit* »². En effet, par cette décision, il est ainsi pour la première fois admis que le juge administratif puisse examiner en référé la conventionnalité de l'application d'une norme, précédée de celle de son contenu. En outre, l'examen du contrôle pratiqué ultérieurement dans la décision ne laisse planer plus aucun doute.

107. Première partie de la décision : contrôle du contenu. L'exercice du contrôle est d'autant compréhensible que les faits dont il tire son origine sont simples à appréhender. En effet, il était question d'un couple qui souhaitait pratiquer une procréation médicalement assistée (PMA) en France. Pour ce faire, le mari avait dû réaliser un don de gamètes, mais était

¹ CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, n° 396848.

² B. STIRN, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme, un même combat ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, spéc. p.749.

décédé d'un cancer, et ce avant la réalisation du processus d'insémination. L'épouse demande à ce que le transfert de gamètes soit effectué vers l'Espagne, afin qu'y soit pratiquée une PMA *post mortem*. Elle se heurte au refus de l'hôpital et de l'Agence de la biomédecine, qui font application de la prohibition consacrée par la loi française en la matière¹. Le raisonnement du Conseil d'État s'articule en deux étapes. Dans un premier temps, il effectue un contrôle du contenu des normes en cause, et conclut qu'elles ne sont pas incompatibles avec l'article 8 de la CEDH (§8). Le contrôle du contenu de la norme est explicité, puisqu'il estime d'une part que l'interdiction de la PMA *post mortem* « *relève de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*² et elle ne porte pas, par elle-même³, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention ». D'autre part, s'agissant de l'interdiction du transport de gamètes vers un pays étranger qui autoriserait un tel procédé, il ajoute que « *ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L.2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes*⁴ les exigences nées de l'article 8 de cette convention ». La précision « par elle-même », mentionnée dans les deux cas, laisse ainsi entendre qu'il s'agit de la compatibilité du contenu de la norme. Le contrôle pratiqué a donc vocation à s'appliquer de manière générale. En d'autres termes, un brevet de conventionnalité est accordé à l'interdiction tant de la PMA *post mortem* que du transport de gamètes vers un pays qui l'autorise.

108. Deuxième partie de la décision : contrôle de l'application. Dans un second temps, il émet une réserve en mentionnant que « *toutefois, la compatibilité de la loi avec les*

¹ Le principe de la PMA *post mortem* est en effet prohibé par l'article L2141-2 du Code de la santé publique (CSP) qui dispose que « [fait] *obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple* ». Pour donner davantage de force à l'interdiction, en évitant que le transfert de gamètes vers un pays qui autorise un tel procédé puisse être effectué, la disposition est complétée par celle de l'article L2141-11-1 du même Code qui énonce que « *l'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. [...] Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés à [l'article L2141-2] [...], peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine* ».

² On observera d'ailleurs que le Conseil d'État fait assez fréquemment référence à la marge nationale d'appréciation dans ces décisions.

³ L'expression « par elle-même », renvoie à la même appréciation que nous avons formulée lors de l'examen du contrôle direct du contenu de la loi effectué par le juge judiciaire, et justifie à nouveau notre souhait de distinguer « contrôle du contenu de la loi » et « contrôle de l'application de la loi », plutôt que « contrôle de la loi » et « contrôle de l'application de la loi ».

⁴ Nous insistons.

stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive » (§9). Se retrouve ainsi cette idée de « mise en œuvre », déjà évoquée en début de décision quant à l'office du juge des référés, mais la pratique du contrôle de l'application de la norme est ici bien davantage explicitée, voire même définie. Enfin, après avoir effectué un contrôle de proportionnalité¹, le Conseil d'État en déduit que « 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 [au] 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 » de la requérante pour ensuite conclure qu'il y avait « une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ». Il s'agit donc bien ici du contrôle de l'application de la norme, qui conduit à écarter l'interdiction seulement au profit du requérant. Une identité des contrôles est donc bien présente, dans la mesure où juges administratif comme judiciaire exercent tant un contrôle du contenu que de l'application des textes.

109. Une similarité des effets des contrôles. Dans les décisions étudiées, cela a été vu, le résultat du contrôle pratiqué par les juges judiciaire et administratif aboutit à écarter la norme au seul cas d'espèce soumis à son appréciation. En effet, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013², la nullité du mariage avait été écartée seulement au profit de la requérante, l'application de l'article 161 revêtant « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale ». Il en est d'ailleurs de même dans les rares arrêts dans lesquels la norme est évincée³. Dans les divers arrêts évoqués, il en est de même, même lorsque le contrôle pratiqué ne conduit pas à écarter l'application de la norme à l'espèce⁴. S'agissant des décisions du juge administratif, on a pu le constater s'agissant du contentieux

¹ La méthode de la proportionnalité du juge judiciaire sera examinée en seconde partie.

² Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066.

³ Ils ont été évoqués aux §53 et §54 de la thèse.

⁴ V. §50 et suiv. de la thèse.

qui concernait les lois de validation, mais aussi dans la décision *Gonzalez Gomes*, la logique est identique, puisqu'il s'agissait tantôt d'écarter la validation d'un contrat dans l'espèce en question, tantôt d'écarter l'interdiction du transport de gamètes à l'étranger en vue d'y pratiquer une procréation médicalement assistée *post mortem*. Les contrôles des juges judiciaires sont donc identiques, puisqu'au-delà d'une prise en compte des faits dans le contrôle effectué, qui lui donne un caractère concret, il s'agit d'une mise à l'écart de la norme dont l'application est contraire à la Convention, sans que son contenu ne soit remis en question. Cette proximité de l'objet et les effets du contrôle pratiqué implique une réflexion sur l'harmonisation de leur domaine : il serait assez peu cohérent qu'une différenciation soit constatée sur l'admission ou non de l'exercice des contrôles, et qu'une approche plus sévère soit observée chez l'un et non chez l'autre.

Section 2 : L'harmonie perfectible du domaine du contrôle de l'application de la loi

110. La cohérence de la protection nationale des droits fondamentaux doit impliquer que le contrôle exercé ait des domaines similaires tant dans l'ordre administratif que dans l'ordre judiciaire. Autrement dit, que le contrôle tant du contenu que de l'application des textes soit exercé de manière uniforme. Sans qu'il ne soit question d'aborder les divergences liées à l'applicabilité directe ou non de certains traités internationaux¹, le propos sera plutôt axé sur la possibilité ou non pour l'un ou l'autre des juges internes d'exercer un contrôle de l'application de la loi. Il semble, en effet, que certaines exclusions puissent être constatées (I). Dans la mesure où elles nous apparaissent injustifiées, leur abandon – déjà en partie entamé – pourrait toutefois conduire à une meilleure harmonisation des solutions dans les deux ordres juridictionnels (II).

I. La disharmonie par les cas d'exclusions du contrôle

111. Qu'il s'agisse du juge administratif (A), ou du juge judiciaire (B), dans les deux cas le contrôle de l'application de la norme est parfois totalement exclu.

¹ Nous avons par exemple mentionné de très fortes divergences s'agissant de la Convention de New York relative à la protection des droits de l'enfant, le site internet du défense des droits récapitulant d'ailleurs les divergences entre la juridiction administrative et judiciaire.

A/ Les exclusions par le juge administratif

112. La volonté d'encadrement. Soucieux de préserver l'intérêt public et la séparation des pouvoirs, le vice-président Jean-Marc SAUVÉ souligne que même si le principe de proportionnalité permet de tempérer le refuge que pourrait constituer l'intérêt public, *« il ne saurait se traduire par une remise en cause du principe même de la séparation des pouvoirs et du pouvoir d'appréciation des Gouvernements et des Parlements. Le principe de proportionnalité est indispensable à la garantie de l'État de droit, mais il ne saurait conduire à méconnaître les intérêts généraux dont l'État et les collectivités publiques ont la charge et qui sont, avec les libertés et les droits fondamentaux, les piliers du vivre-ensemble. Il est important de souligner que les cours européennes ont procédé, ces toutes dernières années, à une mise en balance plus attentive et prudente de l'ensemble de ces exigences. C'est une évolution qui mérite d'être à la fois saluée et confirmée »*¹. Le respect du travail parlementaire et réglementaire continue ainsi d'irriguer la pensée du juge administratif, qui s'était traduite par l'admission progressive du plein contrôle de conventionnalité. Il s'agira de montrer que de telles réticences perdurent. Elles se traduisent par une prudence dans l'utilisation du contrôle de l'application des lois, ce qui résonne dans sa jurisprudence.

113. Un contrôle exclu par la norme contrôlée. Dès l'année qui suit la décision *Gonzalez-Gomez*, le Conseil d'État choisit de cantonner son contrôle de l'application des lois, et fixe une première limite relative à l'objet de la norme contrôlée. Par exemple, dans l'affaire *Société Edenred*², il s'agissait en l'espèce d'une société qui n'avait pas communiqué à l'administration fiscale le montant de la plus-value qu'elle avait réalisée du fait d'un apport d'une branche d'activité à une société filiale³, et qui bénéficiait d'un report d'imposition⁴. La société a donc été sanctionnée par l'administration fiscale par une amende avoisinant les vingt millions d'euros, en application de l'article 1763 du Code général des impôts⁵. Après un échec

¹ V. l'intervention à l'institut Portalis d'Aix-en-Provence de Jean-Marc SAUVÉ, Vice-Président du Conseil d'Etat, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », 17 mars 2017, site internet du Conseil d'Etat.

² CE, 4 décembre 2017, *S^{te} Edenred*, n°379685.

³ Alors que cela lui était imposé par l'article 54 septies du Code général des impôts (CGI), qui dispose que ce type d'entreprise devait « joindre à leur déclaration de résultat un état conforme au modèle fourni par l'administration faisant apparaître, pour chaque nature d'élément, les renseignements nécessaires au calcul du résultat imposable de la cession ultérieure des éléments considérés », le contenu plus précis de cet état étant détaillé par décret.

⁴ Les articles 210 A et suivants du même Code prévoient les cas dans lesquels le report d'imposition peut être consenti, et les conditions afférentes.

⁵ L'article 1763 du Code général des impôts, en son I. d., dispose en effet qu'« entraîne l'application d'une amende égale à 5 % des sommes omises le défaut de production ou le caractère inexact ou incomplet [du] registre mentionné au II de l'article 54 septies ». À noter que ces dispositions avaient été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une décision QPC, 9 juin 2017, n°2017-636.

pour obtenir une décharge de cette pénalité tant auprès du Tribunal administratif qu'auprès de la Cour administrative d'appel, la société s'est pourvue en cassation sur ce point. Elle se prévaut notamment de la disproportion de l'amende prononcée, notamment au regard du droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État effectue d'abord un contrôle du contenu de la norme, qui reprenait celui de la Cour d'appel, en estimant que « *les dispositions de l'article 1734 ter du code général des impôts ne portent pas une atteinte disproportionnée, au regard de l'objectif poursuivi de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales grâce au suivi de la base taxable permettant l'établissement de l'impôt sur la plus-value placée en sursis ou en report d'imposition, au droit au respect des biens garanti par les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (§8). Un brevet de conventionnalité est donc conféré à la norme, qui aurait toutefois pu être écartée si son application à l'espèce avait été contraire audit droit. Le juge administratif refuse toutefois catégoriquement d'effectuer un tel contrôle. Il considère que puisque la norme a été déclarée conforme à la Constitution, et que « *le législateur a [...] entendu limiter le contrôle exercé par le juge, pour chaque sanction prononcée, à un plein contrôle sur les faits invoqués, manquement par manquement, et sur la qualification retenue par l'administration. Il n'appartient donc pas au juge de contrôler la proportionnalité du montant de l'amende contestée devant lui. Il en résulte que le moyen tiré de ce que le montant de l'amende [...] était disproportionné et portait, dans les circonstances particulières de l'espèce, une atteinte excessive au droit au respect de ses biens était inopérant* ». C'est ainsi, selon le juge administratif, la norme elle-même, en ce qu'elle limite le contrôle exercé par le juge, qui exclut la pratique d'un contrôle de proportionnalité qui porterait sur le montant de l'amende qui résulte de son application. Un encadrement de taille est donc consacré, qui illustre la réticence du juge administratif à porter atteinte à l'efficacité des normes nationales. Le contrôle peut aussi être exclu au regard de la finalité de la norme en cause.

114. Un contrôle exclu par les finalités de la norme en cause. Dans l'affaire *Molénat*¹, il s'agit cette fois d'une question relative à l'anonymat d'un donneur de gamètes. Le requérant, qui souhaitait obtenir des informations relatives au donneur à l'origine de sa conception, s'est

¹ CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, n°396571, déc. préc.

vu opposer des décisions de rejet par les administrations concernées¹. Le Tribunal administratif de Paris rejette ses demandes, en confirmant l'application de l'article 16-8 du Code civil et des autres dispositions relatives à l'anonymat du donneur², et son appréciation est ensuite validée par le Conseil d'État. La conventionnalité du contenu des textes avait déjà été admise dans un avis du Conseil d'État du 13 juin 2013³, si bien qu'on aurait pu penser qu'à la suite de la décision *Gonzalez-Gomez*, il aurait aussi effectué un contrôle de l'application du texte. D'autant que le requérant se prévalait du fait qu'il détenait l'accord de sa famille légitime au sujet de cette démarche, et qu'il aurait aussi fallu vérifier le consentement du donneur à la divulgation de son identité. Les juges du Palais Royal admettent d'ailleurs dans un premier temps qu'« *il est vrai que la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention et qu'il appartient par conséquent au juge, lorsque le requérant fait état de telles circonstances particulières, d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive* » (§5). Cela laissait ainsi présager l'exercice d'un contrôle de l'application du texte dans l'affaire en cause. Loin s'en faut, puisqu'après avoir énoncé la nature des considérations d'intérêt général protégées par la norme, en mentionnant notamment le risque d'une remise en cause de l'éthique relative à la protection du corps humains et de l'acte de don de certains de ses éléments⁴, ils poursuivent en

¹ En l'occurrence, la Commission d'accès aux documents administratifs, qui avait rendu un avis défavorable sur ces demandes, ainsi que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) qui avait rendu des décisions implicites de rejet.

² L'article 16-8 garantit l'anonymat du donneur et pose de strictes interdictions tant du point de vue du donneur que du receveur. Il dispose en effet qu'« *aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur* ». Ces dispositions sont d'ailleurs reprises par l'article L1211-5 du Code de la santé publique, et complétée par les articles L1244-6, ou encore L1131-1-2 qui posent quelques atténuations en cas de nécessités thérapeutiques, plus particulièrement en cas d'anomalies génétiques graves, mais qui demeurent encadrées, en mettant en valeur la confidentialité des informations et l'agrément du médecin qui peut en prendre connaissance.

³ CE, avis, 13 juin 2013, n°362981.

⁴ Ils estiment en effet que « *plusieurs considérations d'intérêt général ont conduit le législateur à interdire la divulgation de toute information sur les données personnelles d'un donneur de gamètes puis à écarter toute modification de cette règle de l'anonymat, notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation, le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps* » (§6). Selon Madame la Professeure LEROYER, et on adhère à l'analyse, « *aucun des arguments soulevés par le Conseil d'État n'emporte toutefois la conviction. Sur l'éthique imposant l'anonymat des dons, comparaison est faite avec les dons et éléments des produits du corps humain, alors même que la règle ne peut avoir la même portée dans les deux situations, et que par ailleurs, ce n'est pas parce qu'on lèverait l'anonymat*

estimant qu'« au regard de cette dernière finalité, qui traduit la conception française du respect du corps humain, aucune circonstance particulière propre à la situation d'un 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 protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Un refus pur et simple d'examiner la conventionnalité de l'application de la norme est donc clairement opposé, du fait de la finalité de cette dernière. C'est ainsi le désir de respecter la norme législative qui prévaut¹, et qui peut expliquer la volonté d'adopter une position de principe². Il est donc possible de déduire que, dans certains cas, le contrôle de l'application des lois est totalement fermé au justiciable, si les considérations d'intérêt général de la norme en cause le justifient. Une analogie peut d'ailleurs être effectuée avec un arrêt de la Cour de cassation rendu par la troisième chambre civile, dans lequel le raisonnement est similaire.

B/ Les exclusions par le juge judiciaire

115. L'exclusion au regard des finalités de la norme. Le juge judiciaire a pu lui aussi procéder à des encadrements assez forts. En effet, dans un arrêt du 21 décembre 2017³, la troisième chambre civile opte elle aussi pour l'exclusion totale de l'exercice du contrôle, au regard de la finalité de la norme en cause. Il s'agissait en l'espèce d'une affaire d'empiètement et donc de démolition d'une partie d'un bâtiment. La démolition est naturellement accordée par

*des donneurs de gamètes qu'il faudrait aussi lever celle sur les éléments et produits du corps humain. On ne suivra pas davantage le Conseil d'État sur la préservation du caractère social et affectif de la filiation. On sait depuis longtemps qu'il convient de distinguer accès aux origines personnelles et filiation, que le droit interdit l'établissement d'un lien de filiation avec le donneur, et que si l'on peut voir dans la quête des origines une question d'identité, ce n'est pas une question d'état civil. Quant aux risques d'une baisse des dons, il n'a pas été établi dans les pays ayant consacré l'accès aux origines ou la levée de l'anonymat, comme en Suède, en Suisse ou au Royaume-Uni, où l'on a plutôt constaté une modification des profils des donneurs ». V. A.-M. LEROYER, « L'anonymat du donneur de gamètes devant le Conseil d'État : bis répétita », *RTD Civ.* 2018, p.86.*

¹ Mesdames ROUSSEL et NICOLAS soulignent d'ailleurs que « sur le fond du litige, [la décision] revient à une forme de modestie perdue face aux intentions du législateur, modestie d'autant plus salutaire qu'elle s'exerce dans un domaine particulier, le droit de la bioéthique, dont l'élaboration et les éventuelles modifications sont soumises à un vaste débat public », V. S. ROUSSEL, C. NICOLAS, « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », *AJDA* 2018, p.497.

² Nous adhérons ainsi pleinement aux propos du Professeur DUPRÉ DE BOULOIS qui conclut à propos de cette affaire : « L'arrêt Molénat constituerait une nouvelle illustration d'une certaine réticence de la juridiction administrative à tirer toutes les conséquences du principe de primauté de l'article 55 de la Constitution. Et à l'instar d'exemples passés, – la primauté des traités sur la loi postérieure, l'effet direct des directives, etc. –, il pourrait être relevé que le juge administratif choisit de se situer en retrait de la juridiction judiciaire. Le plus notable étant qu'en la matière, le Conseil d'État s'éloigne souvent d'une démarche pragmatique pour privilégier les postures de principe », V. X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le conseil d'État ? », *RLDF* 2018, chron. n°4.

³ Civ. 3^{ème}, 21 décembre 2017, n°16-25.406.

la Cour d'appel, si bien que les demandeurs au pourvoi tentent de se réfugier derrière leur droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH. Ils souhaitent donc une vérification du caractère proportionné de la démolition au regard du but légitime poursuivi : l'empiètement était minime, n'avait pas été signalé par celui qui en avait été victime, et la démolition concernait un mur porteur de leur maison d'habitation. Il se serait ainsi agi d'exclure l'application de l'article 555 du Code civil, du fait des circonstances particulières de l'espèce, en empêchant le propriétaire du fonds d'opter pour cette sanction. La Cour de cassation opte, une semaine avant l'arrêt *Molénat*, pour une exclusion de l'exercice d'un contrôle de l'application de la norme. Elle estime en effet que « *tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action puisse donner lieu à faute ou à abus ; que l'auteur de l'empiètement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'ouvrage qu'il a construit méconnaît le droit au respect des biens de la victime de l'empiètement* ». En mettant en avant, en creux, la finalité de protection de la propriété de la victime de l'empiètement, et donc en conférant presque un caractère absolu au droit à la démolition de l'ouvrage empiétant sur son fonds, la Cour de cassation semble exclure toute possibilité, en la matière, d'exercer un contrôle de l'application de la norme à l'espèce. Cela tranche d'ailleurs avec sa façon habituelle de raisonner. Fort heureusement, elle semble être ensuite revenue sur cette position, en admettant l'exercice d'un éventuel contrôle de proportionnalité, sur un autre fondement. Elle mentionne en effet, s'agissant d'un empiètement sur une servitude de passage, que les juges du fond auraient dû rechercher « *si la mesure de démolition n'était pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile* » de la requérante¹. Un autre cas d'exclusion peut être identifié, qui est cette fois encore plus lapidaire.

116. L'exclusion du contrôle de l'application du « barème Macron ». À la suite de plusieurs décisions de conseils de prud'homme tendant à écarter l'application du « barème Macron » de l'article L1235-3 du Code du travail², la Cour de cassation a semblé vouloir mettre un coup d'arrêt définitif à toute possibilité de contestation ultérieure dans un arrêt du 11 mai 2022³. Après avoir accordé un brevet de conventionnalité au contenu du texte⁴, elle censure

¹ Civ. 3^{ème}, 19 décembre 2019, n°18-25.113.

² Ces décisions seront évoquées plus en détail dans la seconde partie, v. §248 de la thèse.

³ V. Soc., 11 mai 2022, n°21-14.490.

⁴ Elle estime en effet clairement que « *les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention précitée* » (§22).

l'arrêt de la Cour d'appel qui avait écarté l'application du texte¹. Elle estime en effet qu'« *en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait seulement d'apprécier la situation concrète de la salariée pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux déterminés par l'article L.1235-3 du code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (§24). La sanction est claire : l'office du juge du fond, s'agissant précisément de l'article du Code du travail dont il est question, ne peut porter sur le contrôle de la compatibilité de l'application du texte aux exigences de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT. L'arrêt vise notamment l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui promeut l'égalité devant la loi de tous les citoyens. Dans un communiqué, la Cour estime que le contrôle de l'application du texte « *créerait pour les justiciables une incertitude sur la règle de droit applicable, qui serait susceptible de changer en fonction de circonstances individuelles et de leur appréciation par les juges* ». Elle en conclut que « *la détermination du montant réparant le préjudice causé par un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne se prête pas à un contrôle de conventionnalité in concreto* ». La restriction est ainsi de taille, et ne semble d'ailleurs justifiée que par la volonté de la Cour de cassation de mettre un terme aux contestations du texte sur ce terrain. Une autre exclusion, d'ordre plus procédural cette fois, réside dans l'impossibilité pour les juges du fond de solliciter de la part de la Cour de cassation un avis sur la conventionnalité de l'application des lois.

117. L'exclusion dans la saisine pour avis. Dans une demande d'avis du 7 mars 2018², la Cour de cassation a exclu la possibilité d'effectuer elle-même un contrôle de l'application des lois dans le cadre de la saisine pour avis. Il lui était demandé si « [l'impossibilité de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie pouvait] *constituer, au regard des circonstances de fait appréciées concrètement par le juge d'instance, une atteinte*

¹ La Cour avait en effet estimé que l'application du barème Macron conduisait à l'octroi d'une indemnité de 17 615 euros maximum, alors que la réalité de son préjudice s'élevait à 32 000 euros. La salariée, âgée de 53 ans à la date de la rupture du contrat de travail, ne pouvait donc bénéficier d'« *une indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi, compatible avec les exigences de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT* » (§23).

² Cass. Avis, 7 mars 2018, n°17-70.039. À noter qu'elle avait porté une appréciation similaire dans un avis du 8 octobre 2007, en estimant que « *la demande [...] suppose l'examen des conditions de fait et de droit régissant l'allocation des prestations sollicitées en fonction des circonstances particulières relatives au séjour tant des enfants que de l'allocataire sur le territoire national ; dès lors, la compatibilité d'une disposition de droit interne, dans une telle situation de fait, avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec la Convention internationale des droits de l'enfant relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis prévue par les articles susvisés* », V. Cass. avis, 8 octobre 2007, n°07-00.011. V. aussi, Cass. avis, 1^{er} décembre 2003, n°00-00.000. V. §34 de la thèse sur cette question de la saisine pour avis admise récemment dans le cadre du contrôle par le juge judiciaire du contenu de la loi.

disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au regard du but légitime poursuivi ». La Cour de cassation s'est privée de la possibilité d'effectuer elle-même un contrôle de l'application des lois, en estimant que « *la seconde question relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis* ». Elle affirme par ce biais son impossibilité de trancher elle-même, quand bien-même il ne s'agirait que de donner son avis sur une telle question. L'addition de ces restrictions questionne quant à l'opportunité de maintenir ces différentes exclusions. Nous plaiderons pour leur abandon pur et simple.

II. L'harmonie par l'abandon des cas d'exclusion du contrôle

118. Les exclusions du contrôle de l'application des lois telles qu'elles ont été énoncées par les juges judiciaires et administratifs nous semblent peu cohérentes. En effet, certains obstacles logiques à ces exclusions peuvent être identifiés (A). La voie de l'abandon de certaines semble toutefois entamée, ce qui pourra conduire à une meilleure harmonie du domaine des contrôles du juge administratif et du juge judiciaire (B).

A/ Les obstacles logiques aux cas d'exclusion

119. L'artifice peu cohérent de l'exclusion du contrôle par la norme contrôlée. Le choix effectué par le juge administratif dans l'affaire *Société Endered* peut sembler assez peu cohérent. En effet, considérer qu'une norme nationale porte en elle-même l'impossibilité d'un contrôle au regard d'une norme supranationale est assez peu satisfaisant. Ce serait en réalité nier l'application de l'article 55 de la Constitution. En effet, par extension, cela impliquerait implicitement pour le législateur la possibilité de limiter lui-même le contrôle de conventionnalité postérieur qui serait exercé par le juge sur la norme qu'il souhaite voir mise en œuvre. Si le contrôle de la compatibilité de l'application des lois aux droits d'origine conventionnelle est certes assez récent, admettre une telle limitation conduirait à une disparité entre contrôle du contenu et de l'application de la norme qui se comprend difficilement. La justification choisie, si elle est certes très circonstanciée, ne convainc pas. Il aurait suffi de pratiquer le contrôle pour conclure à une absence de disproportion de l'amende en question, quitte à poser des critères d'appréciation très rigides en vue de fermer au maximum toute contestation ultérieure. Pratiquer le contrôle de l'application de la norme permet justement au

juge de restreindre ou ouvrir les possibilités d'exclusions dans des circonstances particulières, sans qu'il ne soit nécessaire de refuser de pratiquer un tel contrôle, et encore moins sous couvert d'une exclusion par la norme elle-même. La voie de l'exclusion du fait des finalités d'intérêt général poursuivies par la norme contestée n'est pas plus satisfaisante.

120. Une exclusion peu appropriée du contrôle au regard des finalités de la norme en cause. L'autre exclusion évoquée, pratiquée dans l'arrêt *Molénat* et dans l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2017, n'est pas plus appropriée. En effet, dans l'affaire *Molénat*, il s'était agi de considérer que la norme en cause ne pouvait être écartée puisqu'elle avait pour finalité de garantir le respect de l'éthique due à la protection du corps humain et à l'acte de don de ses éléments. Cela a permis, comme mentionné précédemment, d'exclure le contrôle de l'application de la norme. Dans l'arrêt de la Cour de cassation, il s'agissait de garantir de manière presque absolue le droit pour un propriétaire d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds. Le contrôle de l'application de la norme est fermé du fait des valeurs protégées par la norme. À l'image de l'encadrement précédent, il peut sembler assez peu cohérent d'ouvrir un contrôle du contenu du texte, tout en fermant le contrôle de son application. La justification est similaire à celle précédemment citée : cela conférerait une immunité partielle à la norme qui se comprend assez peu du point de vue de la hiérarchie des normes. D'autant qu'en l'occurrence, la plupart des textes contrôlés poursuivent des finalités d'intérêt général, ou de protection de valeurs qui pourraient sembler fondamentales dans la législation française au moment où le contrôle est exercé, ce qui pourrait potentiellement fermer tout contrôle dans bien d'autres cas. L'exclure purement et simplement revient donc à faire primer le droit national sur la Convention européenne des droits de l'homme. Là encore, il aurait suffi d'exercer le plein contrôle, pour considérer que la finalité poursuivie par la norme faisait pencher la balance du contrôle de proportionnalité en faveur du maintien de son application.

121. La casuistique des exclusions ciblées. S'agissant de la décision relative au barème Macron, l'artifice de l'égalité devant la loi nous semble tout aussi peu approprié. En effet, quel que soit le texte dont il est question, l'essence même du contrôle de l'application des lois est justement de pallier les carences que cause l'égalité devant la loi. Le nier reviendrait à abandonner purement et simplement cette méthode de contrôle : seul le contrôle du contenu des textes peut satisfaire pleinement les objectifs de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le refuge du juge judiciaire, rassurant du point de vue des dérives que

l'on pouvait constater sur les abus du contrôle de l'application des lois, ne saurait être satisfaisant. Au contraire même, il est source de confusion pour les juges du fond, à qui on a pourtant imposé le contrôle de l'application des lois, et auxquels on ferme la voie de la saisine pour avis. Comment pourrait-il dans cette mesure distinguer les textes susceptibles de voir leur application contrôlée au regard des droits contenus dans les Traités de ceux pour lesquels la voie est fermée ? Faudra-t-il dresser une liste des textes pour lesquels la voie est fermée ? N'est-ce pas une source d'incertitude plus grande que l'admission pleine et entière d'un contrôle potentiel de l'application de tous les textes ? On y lit la volonté de rassurer : non, le juge n'est pas un juge politique, qui s'affranchit d'un barème qu'il estime insatisfaisant. Néanmoins, le même résultat aurait pu être atteint justement par l'utilisation du contrôle de l'application des textes. En plaçant l'impératif de sécurité juridique, et de prévisibilité des indemnités, au-dessus des intérêts particuliers, la Cour aurait pu tout autant rassurer. Il suffisait d'interpréter strictement « l'indemnisation adéquate et appropriée du préjudice subi », en considérant que le barème Macron ne conduisait pas à anéantir toute indemnisation. La logique du « déséquilibre significatif », déjà utilisé depuis longtemps par la Cour de cassation et consacrée dans le Code civil au travers de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016¹ pouvait être une inspiration appropriée. Le fait qu'il s'agisse ici d'un contentieux relatif à la sphère contractuelle n'en est d'ailleurs que plus évocateur. En d'autres termes, il aurait été préférable de considérer que l'application du barème Macron n'ayant, en l'espèce, pas conduit à nier l'existence de toute indemnisation, les dispositions de l'article L1235-3 du Code du travail n'auraient pu être écartées au regard du traité. Or, en creux, les fourchettes proposées par ledit barème ne conduisent en aucun cas à neutraliser l'indemnisation : il ne serait donc *a priori* jamais écarté. Le frein aurait été tout aussi important, mais aurait résulté de l'utilisation du contrôle de l'application des lois, sans qu'une logique casuistique d'exclusion totale du contrôle – véritable source d'instabilité et d'imprévisibilité – ne règne. Ces exclusions sont d'autant moins logiques du fait des évolutions européennes.

122. Des exclusions peu compatibles avec les évolutions européennes. Cela a pu être mentionné², la Cour européenne, dans l'affaire *Charron et Merle-Montet c/ France*³, avait

¹ La jurisprudence *Chronopost*, bien connue, et consacrée au sein de l'article 1170, est un exemple flagrant. Ce dernier dispose pour rappel que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». L'article suivant mobilise d'ailleurs explicitement la notion, en disposant que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Une telle logique nous semble transposable au contrôle de l'application du barème Macron.

² V. §72 de la thèse.

³ CEDH, 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c/ France*, n°22612/15, déc. préc.

rattaché le contrôle de la compatibilité de l'application des textes exercé par les juges internes au principe de subsidiarité, en le reliant à l'épuisement des voies de recours internes. La fermeture d'une partie du contrôle de conventionnalité au justiciable, sur les fondements précités, irait donc à l'encontre de cette mouvance. Pour rappel, la Cour estimait qu'« *il est en effet primordial lorsque la Cour aborde la question complexe et délicate de la balance à opérer entre les droits et intérêts en jeu dans le cadre de l'application de cette disposition que cette balance ait préalablement été faite par les juridictions internes, celles-ci étant en principe mieux placées pour le faire* »¹. Il semble que fermer le contrôle de l'application de la norme entre en contradiction avec les prescriptions du juge européen. Comme cela avait été mentionné, un cantonnement au contrôle du contenu des textes pourrait probablement conduire à une condamnation, d'autant plus depuis l'entrée en vigueur du protocole 15². Certes, par l'utilisation du terme « en principe », la Cour pourrait ménager une porte de sortie, mais encore faudra-t-il justifier l'exception par une impossibilité, qu'elle soit matérielle ou non, pour le juge interne, d'effectuer une balance entre les droits et intérêts en cause. Il ne semble pas que les justifications utilisées dans les arrêts précités puissent satisfaire cette exigence. S'agissant du barème Macron, on pourrait rétorquer que dans la mesure où il n'entre pas dans le champ du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, le risque de condamnation est nul. Le souci de cohérence des contrôles de la loi nous conduit toutefois à militer pour l'uniformité : exclure le contrôle du fait de l'absence de sanction potentielle d'une Cour supranationale se prête assez peu à la logique de la protection européenne des droits fondamentaux, et conduirait à des distinctions en fonction des sources de droits fondamentaux qui ne feraient qu'accroître l'illisibilité du contrôle de conventionnalité.

123. Disparité de compétences entre Cour de cassation et Conseil d'État. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont tous deux consacré un contrôle de l'application des lois sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, le second peut l'exercer pleinement, que ce soit en tant que juridiction d'appel, de cassation, voire de juge des référés,

¹ *Ibid.*, §31.

² V. H. FULCHIRON, *Dr. fam.* 2018, n°3, comm. 64, « L'anonymat du donneur de gamètes : des règles contestées *in abstracto*, mais incontestables *in concreto* ». L'auteur soutient ainsi, et cette analyse emporte notre pleine adhésion, que « *plutôt que de recourir à une recherche, toujours ambiguë, de la nature ou de la finalité de la norme, ne serait-il pas plus logique d'ouvrir largement le contrôle de proportionnalité ? Le cantonnement envisagé risque d'ailleurs de ne pas convaincre la Cour EDH : peut-on priver ab initio un individu de la possibilité de faire valoir ses droits dans le cadre d'un contrôle in concreto de l'application de la norme ? Que la finalité de la norme ou les principes qu'elle traduit pèsent de tout leur poids pour justifier l'atteinte est une chose ; que l'on écarte a priori toute possibilité de contrôle en est une autre. On comprend le souci d'encadrer le contrôle de proportionnalité [...]. Mais ne vaudrait-il pas mieux passer par un affinement des conditions de sa mise en œuvre plutôt que par un cantonnement de son domaine d'application ?* ».

tandis que la première est cantonnée à un rôle de « juge du droit » qui lui ferme la possibilité de l'exercer directement. L'exclusion par la Cour de cassation d'un tel contrôle, y compris dans le cadre de la saisine pour avis, est évocateur d'un certain malaise du juge judiciaire, dont nous évoquerons les causes *infra*¹. Quelles qu'elles soient, il n'en demeure pas moins qu'un tel refus conduit à une disparité entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Certes, cette disparité découle d'une différence historique de rôles entre Cour de cassation et Conseil d'État, ce dernier étant par ailleurs coutumier du contrôle de proportionnalité qu'il exerçait déjà sur les actes administratifs. Il n'en demeure pas moins que dans un cas, les décisions relatives au contrôle de l'application des lois peuvent bénéficier d'une forte autorité juridictionnelle, mais pas dans l'autre. D'un point de vue supranational, cela nous semble assez peu se justifier : dans le cadre du contrôle de conventionnalité, l'office des magistrats du quai de l'Horloge devrait rejoindre similairement celui des juges du palais royal. Que les premiers ne se cantonnent qu'au contrôle du contenu des lois, tandis que les seconds puissent effectuer un double contrôle peut surprendre, d'autant que la clé de répartition des contentieux des deux ordres juridictionnels ne semble pas impliquer une telle disparité. De tels constats doivent interroger sur l'opportunité d'abandonner de telles exclusions, et les voies à emprunter pour ce faire.

B/ Les voies alternatives aux exclusions

124. La préférable mise en balance des droits et intérêts. Dans une décision du 17 avril 2019², le Conseil d'État opte pour une autre approche. Il s'agissait dans cette affaire, là encore, d'une demande de transfert de gamètes en Espagne, mais cette fois effectuée par un couple qui avait entamé une procédure d'assistance médicale à la procréation, les prélèvements de gamètes ayant été effectués alors que l'homme avait 61 puis 63 ans³. Après s'être heurté à un refus de la part de l'Agence de la biomédecine, puis avoir obtenu gain de cause devant le tribunal administratif de Montreuil et avoir subi son annulation auprès de la Cour administrative d'appel de Versailles, le couple saisit le Conseil d'État. Les arguments qui fondaient le refus étaient tirés notamment de l'article L2141-2 du Code de la santé publique, en ce qu'il dispose que pour accéder au procédé « *l'homme et la femme formant le couple doivent être [...] en âge de procréer* »⁴. Suivant l'avis du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, fondé sur

¹ V. §433 s'agissant des raisons du refus.

² CE, 17 avril 2019, *M. et Mme C*, n°420468. Un autre arrêt du même jour est rendu en des termes strictement similaires, V., CE, 17 avril 2019, *M. et Mme B*, n°420469.

³ Dans la seconde espèce, l'homme était âgé de 67 ans.

⁴ Tout comme dans l'arrêt du 31 mai 2016, l'article L2141-11-1 est aussi mobilisé, s'agissant de l'autorisation d'exportation des gamètes, subordonnée aux conditions posées par l'article L2141-2 précité.

plusieurs études et avis, qui fixait cet âge à 59 ans révolus, le Conseil d'État réfute l'appréciation du Tribunal administratif, et valide celle de la Cour d'appel en concluant que le requérant n'était pas en âge de procréer au sens de l'article précité¹. Il examine ensuite les autres moyens soulevés par les époux, et notamment celui fondé sur la violation de l'article 8 de la Convention. Se fondant sur les risques liés à un âge trop élevé du donneur de gamètes, il en conclut que le refus d'exportation de ces dernières « *ne peut être regardé, eu égard aux finalités d'intérêt général que ces dispositions poursuivent et en l'absence de circonstances particulières propres au cas d'espèce, comme constituant une ingérence excessive dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (pt. 13). Le contrôle de l'application du texte est ainsi exercé, et la mise en balance se fait en faveur des finalités d'intérêt général qu'elle garantit. La porte reste toutefois ouverte pour une contestation postérieure, par la précision que le cas d'espèce ne présentait en réalité pas de circonstances particulières : cela n'est donc pas une fermeture au contrôle à l'image des deux arrêts précédemment mentionnés, même si en réalité, on imagine assez mal les circonstances qui pourraient permettre l'exclusion de la norme au cas d'espèce.

125. La valorisation préférable de l'intérêt protégé. L'encadrement le plus approprié du contrôle de l'application de la loi ne réside probablement pas dans son exclusion pure et simple, qu'elle soit justifiée par le contenu de la norme, ou par ses finalités. Il est ainsi préférable d'opter pour la solution posée par l'arrêt du 17 avril 2019 précité, à savoir exercer le contrôle de l'application de la norme, tout en faisant primer l'intérêt que cette dernière garantit. C'est d'ailleurs la plupart du temps la méthode choisie par la Cour de cassation. Cela permet ainsi d'accéder à la demande du justiciable, en exerçant un plein contrôle de la norme au regard des droits d'origine supranationale. Si l'impérativité de la norme est justifiée par un intérêt que le juge estime être bien supérieur à celui du justiciable, il lui suffit tout simplement d'énoncer qu'il pèsera « plus lourd » sur la balance, et donc d'exclure une inapplication circonstanciée. La norme conserve son effectivité, tant dans son contenu que dans son application. Cette solution pouvait être d'ailleurs assez aisément appliquée dans les jurisprudences précitées. Dans l'affaire *Société Endered*, il aurait suffi de considérer que l'objectif poursuivi de lutte contre la

¹ Sont en effet mentionnés des risques liés à l'âge du donneur, notamment d'altérer le développement embryonnaire, ou de porter atteinte au bon déroulement de la grossesse ou à la santé de l'enfant à naître. Le juge administratif poursuit en effet en soulignant que « *le taux d'anomalies à la naissance et le risque de maladies génétiques augmentent avec l'âge du père* ».

fraude et l'évasion fiscale supplantait celui du justiciable, et que l'amende prononcée était ainsi proportionnée à la gravité des faits. Que cela soit contestable ou non, à tout le moins, cela aurait certes marqué une certaine réticence du juge administratif à écarter l'application de la norme, tout en permettant l'exercice du contrôle. Ensuite, pour le juge judiciaire dans l'arrêt de 2017, il aurait été préférable de faire primer le droit au respect des biens du propriétaire sur celui de l'auteur de l'empiètement, voire de valoriser l'intérêt public consacrant une protection particulière aux biens immobiliers, et qu'ainsi l'application de l'article 555 ne devait pas être écartée même au regard des circonstances particulières de l'espèce. De la même façon, dans l'affaire *Molénat*, il aurait été encore plus aisé de faire primer le respect de l'éthique due à la protection du corps humain et à l'acte de don de ses éléments sur les considérations plus personnelles du requérant, plutôt que d'exclure le contrôle sur le même fondement. On avait aussi observé une solution similaire dans l'arrêt relatif au barème Macron. Opter pour une telle approche permettrait d'éviter des disparités de domaines peu logiques entre un contrôle du contenu et de l'application des normes, ce qui aurait pour effet de créer des différences de régime de protection difficilement prévisibles, et qui nuirait à la lisibilité des deux contrôles.

126. L'abandon de l'exclusion du contrôle dans la saisine pour avis. La plus grande disparité entre les contrôles du Conseil d'État et de la Cour de cassation réside dans l'impossibilité pour cette dernière d'effectuer elle-même un contrôle de conventionnalité de l'application des lois. *A minima*, il semble que lui en laisser la possibilité dans le cadre de la saisine pour avis ne bouleverserait aucunement son office. Cette solution permettrait une meilleure cohérence entre les deux ordres juridictionnels, et permettrait à la Cour de cassation de jouer contrôler l'application de la norme dans certains cas, tout comme le fait le Conseil d'État dans les cadres précités. Les divers avantages que retirerait le système français d'une telle possibilité, ainsi que sa mise en œuvre, seront bien évidemment détaillés à l'issue de la thèse. L'exclusion devra ainsi être abandonnée, même si l'actuelle position de la Cour de cassation se comprend aisément au vu de la formulation des textes en la matière, qui la contraignent et justifient sa volonté de se cantonner à un contrôle du contenu des lois, plus compatible avec l'idée d'une décision rendue seulement « en droit ». La voie législative sera donc envisagée, contrairement aux autres exclusions qui ne nécessiteraient que des ajustements jurisprudentiels.

127. L'intérêt d'une saisine pour avis entre Cour de cassation et Conseil d'État. Le rapport de la commission « Cour de cassation 2030 » souligne très justement l'intérêt que

pourrait revêtir la création d'une véritable saisine pour avis entre la Cour de cassation et le Conseil d'État¹. Au regard des dissemblances observées en matière de contrôle de conventionnalité, une telle proposition pourrait être intéressante, et permettrait de garantir une meilleure cohérence dans la protection des droits fondamentaux. D'autant qu'à l'aune du contrôle de l'application des lois, les cas d'exclusion – que nous n'approuvons pas – pourraient se multiplier dans un seul des deux ordres juridictionnels, ce qui conduirait à des divergences de protection qui rappelleraient celles déjà observées avant l'arrêt *Nicolo*. De surcroît, une telle proposition s'articulerait aisément avec la proposition d'une véritable saisine pour avis en conventionnalité émise par juges du fond vers les cours supérieures de chaque ordre, juxtaposée aux saisines pour avis déjà existantes : l'articulation des différentes saisines permettraient d'assurer l'efficacité et la cohérence de la protection des droits fondamentaux dans les deux ordres.

¹ Il est en effet mentionné qu'« *il serait utile d'instituer une procédure formelle d'avis entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur des questions juridiques précises surgissant dans des procédures en cours, afin d'enrichir la réflexion de la formation de jugement posant la question tout en respectant le principe du contradictoire entre les parties* » (V. rapport de la Commission de réflexion de la Cour de cassation, « Cour de cassation 2030 », juillet 2021, site internet de la Cour de cassation, p.54).

CONCLUSION CHAPITRE 2

128. Si le juge administratif, respectueux de l'autorité des normes législatives, a mis davantage de temps que le juge judiciaire pour admettre sa capacité à la contrôler au regard de droits fondamentaux d'origine conventionnelle, il n'en demeure pas moins qu'il pratique désormais un contrôle à la fois de leur contenu et de leur application identique à celui du juge judiciaire. En effet, grâce au développement de la procédure du référé liberté, et à l'extension de son office y compris dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, il demeure un acteur central dans la protection des droits et libertés du justiciable, dont le contrôle ne peut être occulté par le juge judiciaire. Le système français de protection des droits fondamentaux n'est donc pas mis à mal par cette dualité juridictionnelle, qui pourrait bien au contraire l'enrichir. Coutumier de la pratique du contrôle de proportionnalité dans le cadre de son contrôle de légalité des actes administratifs, c'est en effet sans mal que le Conseil d'État a développé, avant même son homologue, le contrôle de l'application des lois. En ce sens, les contrôles des deux ordres juridictionnels apparaissent équilibrés.

La seule critique résiderait dans une restriction peu justifiée de ce contrôle, le juge judiciaire se refusant encore à l'exercer dans des cas qui se comprennent assez peu du point de vue de la hiérarchie des normes et de la valorisation du principe de subsidiarité. Dans la mesure où ces encadrements sont consacrés par les juridictions des deux ordres, ils n'impliquent pas une disharmonie. Leur abandon, déjà en partie entamé, demeurerait une garantie de protection uniforme des droits fondamentaux dans les deux ordres juridictionnels. De manière générale, tant en ce qui concerne l'interprétation de la norme que son contrôle, il pourrait par ailleurs être intéressant de renforcer le dialogue entre les juridictions suprêmes des deux ordres. Dans cette mesure, la création d'une saisine pour avis entre Conseil d'État et Cour de cassation pourrait être une voie à envisager.

Enfin, il semble que le Conseil d'État puisse bénéficier de voies procédurales pour contrôler la compatibilité tant du contenu que de l'application des lois, à savoir celle du référé liberté et de la saisine pour avis. Ce n'est pas le cas pour la Cour de cassation, ce qui nous semble regrettable. La saisine pour avis apparaît ainsi très largement sous-exploitée par la Cour de cassation lorsqu'il s'agit de contrôler la loi au regard des droits fondamentaux contenus dans les traités¹,

¹ Cette sous exploitation est pointée du doigt de manière générale par le rapport de la Cour de cassation « Horizon 2030 ».

comparativement à son homologue. Cela justifiera aussi en partie les propositions formulées à l'issue du travail doctoral, qui pourrait s'articuler avec l'avis proposé dans le présent chapitre¹.

¹ Cette question sera évidemment abordée en détail *infra*, V. §442 et a justifié l'intégration de l'article L441-4-3, 4°).

CONCLUSION DU TITRE 1

129. Que ce soit du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme ou du juge administratif, l'utilisation par le juge judiciaire du contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application des lois au regard des droits fondamentaux s'est inscrite progressivement dans un dialogue qui ne pourra que perdurer. Facilité par une proximité des sources du contrôle, mais aussi et surtout par l'identité de ses effets, il s'articule aisément avec leurs contrôles respectifs. S'agissant de la Cour européenne, les évolutions réciproques de leurs contrôles ont conduit à une répartition plus claire des rôles des juges nationaux et européens. Ces mouvances coïncident avec une volonté de la part de la Cour, ainsi que des États parties à la Convention, de valoriser le principe de subsidiarité, ce qui implique pour le juge européen de ne contrôler que les problèmes structurels, ou les atteintes les plus graves aux droits fondamentaux. Cela suppose, en parallèle, de laisser au premier chef la charge du contrôle des normes, et plus particulièrement de leur application, aux juges nationaux. Le contrôle du juge européen se centrerait essentiellement, sauf rares exceptions, sur le contenu du droit national, tandis que celui du juge judiciaire serait prioritairement exercé, tant sur le contenu de la loi que sur son application à l'espèce. L'adoption du protocole 16, par l'ouverture de la demande d'avis consultatif, renforce le dialogue entre juge national et européen, et permet d'assurer une cohérence de la protection européenne des droits fondamentaux en préservant le rôle de chacun des organes juridictionnels. La demande d'avis semble ainsi être la voie procédurale privilégiée dans l'articulation d'un dialogue des juges cohérent et respectueux des compétences de chacun d'eux.

130. L'identité des contrôles pratiqués est aussi constatée s'agissant du juge administratif. Lui aussi s'est inspiré de la Cour européenne, mais a été initialement plus réticent dans l'admission du principe de l'exercice d'un contrôle sur les lois. Cela ne l'a pas empêché s'emparer du contrôle de l'application des lois, et ce plus rapidement que le juge judiciaire. L'identité des contrôles s'est aussi traduite par l'encadrement du contrôle de l'application des lois, qui n'est qu'assez peu cohérent et qu'il conviendrait donc d'abandonner. Une autre disharmonie est aussi constatée, s'agissant de la possibilité pour le Conseil d'État et pour la Cour de cassation d'exercer eux-mêmes le contrôle de l'application des lois. Le premier en a aisément la capacité, que ce soit au travers des demandes d'avis ou du référé liberté, voire même lorsqu'il se place en juge de cassation. Ce n'est en revanche pas le cas pour la Cour de cassation, qui est davantage contrainte par les textes qui cantonnent son contrôle. Cette différence ne nous

apparaît pas justifiée du point de vue tant constitutionnel que conventionnel, et mériterait donc une réforme.

TITRE 2 – L'équilibre par l'identité partielle d'objet et d'effets des contrôles de la loi

131. Contrairement à ce qui a pu être observé précédemment, dans d'autres cas, le juge judiciaire est confronté à des juges qui ne pratiquent pas un contrôle identique, et dont les normes de référence, voire les normes contrôlées, diffèrent. L'articulation et la mise en cohérence de ces contrôles pourrait ainsi de prime abord sembler beaucoup plus complexe à atteindre. L'utilité d'une dichotomie opératoire permettant de mieux comparer les contrôles afin d'en étudier les interactions est apparue d'autant plus prégnante de ce point de vue : en la matière, les insuffisances d'une distinction entre « contrôle concret » et « contrôle abstrait » qui liait à la fois objet, effets et caractères des contrôles se sont fait davantage ressentir. Le choix opératoire entre le « contrôle du contenu » et le « contrôle de l'application », couplé à leur caractère abstrait et concret est véritablement utile pour mieux comprendre de telles interactions. Il est ainsi apparu que le juge constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne pratiquent un contrôle cantonné uniquement au contenu de la norme, qui peut prendre une dimension concrète dans certains cas. Une disparité d'objet et d'effet est par conséquent identifiable avec le double contrôle qu'exerce le juge judiciaire. Malgré cela, et même si le système demeure perfectible, il semble qu'au contraire un certain équilibre soit atteint, et que la disparité des contrôles les rende d'autant plus complémentaires. Ce constat peut être dressé tant en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne (Chapitre 1) que le Conseil constitutionnel (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La complémentarité avec le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne

132. La protection des droits fondamentaux n'étant pas le rôle originel de la Cour de justice de l'Union européenne, la question de son traitement dans le cadre de l'étude s'est posée. Il y a une trentaine d'années, elle n'aurait ainsi pas fait l'objet de développements différenciés. Toutefois, l'Union européenne s'est pleinement saisie de la question de la protection des droits fondamentaux, et en a considérablement enrichi les sources au sein des Traités. Les interactions entre le contrôle de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux exercé par le juge judiciaire et le juge de l'Union sont certes moins nombreuses qu'en ce qui concerne son homologue strasbourgeois, mais elles tendent à s'accroître. Y consacrer de réels approfondissements apparaît donc indispensable, d'autant que les potentialités qu'offrent les droits d'origine communautaire, plus élargis que ceux de la Convention européenne, sont considérables. Afin de mieux étudier les rapports qu'entretiennent les contrôles du juge judiciaire et du juge communautaire, il était nécessaire de déterminer l'objet et les effets de ce dernier. Cela nous a permis de considérer que la dichotomie adoptée dans la présente thèse est une nouvelle fois plus adaptée à un tel examen, son caractère opératoire étant plus à même de mesurer l'absence d'identité entre les contrôles du juge judiciaire et de la Cour de justice de l'Union (Section 1). Cette absence d'identité des contrôles n'est toutefois pas un frein à leur articulation harmonieuse (Section 2).

Section 1 : L'absence d'identité des contrôles

133. Contrairement au juge européen ou au juge administratif, il est nécessaire s'agissant de la Cour de justice de l'Union européenne d'identifier préalablement les points de convergences des domaines de son contrôle avec celui qui est exercé par le juge judiciaire. En effet, l'absence cumulée d'identité des normes de référence des contrôles et des normes qui en font l'objet méritait de ce pencher sur la question. Ensuite, tout comme cela a été évoqué précédemment, il convenait évidemment de s'interroger sur l'objet et les effets du contrôle du juge de l'Union. L'étude de ces deux aspects conduit à constater une absence d'identité des contrôles exercés. En effet, lorsqu'il s'agit d'identifier les normes qui font l'objet du contrôle, et les normes de référence du contrôle, les points de convergences apparaissent très ciblés (I).

Par ailleurs, s'agissant de l'objet et des effets du contrôle pratiqué par le juge européen, il est cantonné au contenu des normes (II).

I. Les convergences ciblées des domaines du contrôle

134. Le caractère ciblé de la convergence des contrôles du juge judiciaire et de la Cour de justice de l'Union européenne comprend une double dimension. D'abord, les normes de référence du juge de l'Union et du juge judiciaire n'ont convergé que très progressivement (A). Ensuite, les normes qui font l'objet du contrôle du premier sont bien plus réduites que celle du second : la convergence de leur contrôle est donc très ciblée (B).

A/ La convergence progressive des normes de référence

135. La Cour de justice n'était initialement pas destinée à garantir la protection des droits fondamentaux. Il est ainsi intéressant, pour mieux apprécier la convergence des normes de référence¹, d'adopter une vision chronologique de l'intégration des droits², en vue de mieux apprécier l'intrication qui en découle lorsqu'elle est liée au contrôle du juge judiciaire. En effet, très tôt, la Cour de justice s'est en partie inspirée de la Convention européenne des droits de l'homme pour construire son propre contrôle (1). Ce n'est qu'ensuite, et en concordance avec cette évolution progressive, que s'est construite la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2).

1/ L'inspiration initiale de la Convention européenne

136. La primauté du droit de l'Union. Malgré l'absence de référence aux droits fondamentaux dans les textes communautaires³, la Cour de justice des communautés

¹ V., sur la question de l'absence de décloisonnement entre les ordres juridiques par la CJUE, R. TINIÈRE, « La Cour de justice de l'Union européenne et la globalisation des sources de protection des droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.781

² Pour une synthèse du processus, V. J.-P. JACQUÉ, « Quelle architecture pour l'Europe ? », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.71, spéc. p.76 et suiv.

³ Cela fait dire à Me FAVREU que « l'Europe communautaire semblait tributaire, dès l'origine – puisque structurellement – d'un cruel décalage et pour avoir trop longtemps ignoré ou oublié les droits fondamentaux, a été condamnée à une course poursuite », V. B. FAVREAU, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pourquoi ? Comment ? », in B. FAVREAU, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de

européennes (CJCE) a souhaité très tôt, dès 1969 dans l'affaire *Stauder*¹, ériger leur protection en tant que principe général du droit communautaire tout en s'en portant garante. L'objectif était d'abord et avant tout, non une protection des droits fondamentaux – une telle mission étant déjà confiée à la Cour européenne des droits de l'homme – mais plutôt d'assurer la primauté du droit communautaire². L'arrêt *Stauder* s'inscrivait ainsi dans la lignée des affaires *Van Gend en Loos*³ et *Costa c/ E.N.E.L.*⁴ dans lesquelles la Cour mettait en valeur l'intégration européenne. Cette suprématie du droit de la Communauté Économique Européenne (CEE) valait donc non seulement pour les règles de fond communes destinées à l'époque à régir les relations économiques entre les différents États membres, mais aussi pour les droits fondamentaux en tant que principes du droit communautaire, dont les contours n'étaient pourtant qu'assez peu définis. Cette absence de définition textuelle claire avait d'ailleurs suscité la méfiance de certaines Cours constitutionnelles, et notamment celle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. En effet, dans son arrêt *Solange I*⁵, elle estimait qu'à partir du moment où la protection communautaire des droits fondamentaux n'était pas équivalente aux garanties offertes par le droit national, ce dernier devrait primer. La CJCE a donc fait évoluer sa jurisprudence pour préciser davantage le contenu des droits fondamentaux communautaires, en s'inspirant notamment des textes constitutionnels nationaux.

137. L'intégration de principes généraux par l'inspiration des textes constitutionnels nationaux. Dans l'affaire *International Handelsgesellschaft*⁶, des développements spéciaux

Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.4. V. aussi A. REMEDEM, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse dactylographiée, Université d'Auvergne Clermont I, 2013, p.44.

¹ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, n°29-69, pt. 7, où la Cour énonce que « la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect ».

² V. dans ce sens F. FERRARO, J. CARMONA, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Le rôle de la Charte après le traité de Lisbonne, mars 2015, site internet du parlement européen, p.4.

³ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend and Loos*, n°26-62, où la Cour énonce que « les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions » et que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ». Elle conclut que « partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ».

⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, n°6-64, dans lequel elle affirme qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions » et met en valeur « l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ».

⁵ *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), 29 mai 1974, *Solange I*, n°52/71 ; RTDE, 1975, p. 316, obs. M. FROMONT.

⁶ CJCE, 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft*, n°11-70.

sont consacrés à « *la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire* », et la Cour affirme que « *la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* » (pt. 4). L'idée est ainsi d'assurer la prévalence du droit communautaire, sans nier qu'en matière de droits fondamentaux il ne saurait être délié des droits nationaux. Cela permet à la Cour de justice de dégager un certain nombre de standards nationaux de protection des droits fondamentaux, qui lui servent de référence, pour pouvoir les transposer au sein de l'ordre européen¹. Elle réaffirme cela en 1974 dans l'arrêt *Nold*², tout en ajoutant « *que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire* » (pt. 13). Le chemin est ainsi lentement parcouru pour une inspiration des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme.

138. La référence à la Convention européenne des droits de l'homme. C'est une année plus tard, dans l'affaire *Rutili*³, que pour la première fois, la Cour de justice cite explicitement la Convention européenne des droits de l'homme⁴, en considérant que les limitations d'origine communautaire apportées aux pouvoirs des États membres « *se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par [la CEDH]* ». Elle doit donc se charger de leur contrôle, et réitère cette appréciation dans de nombreux arrêts ultérieurs, comme dans les affaires *Cinéthèque*⁵, *Demirel*⁶ ou encore *Johnston*⁷. Dans l'arrêt *ERT/DEP*, elle en vient à affirmer que « *la Convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet*

¹ Sur cette question, V. H. GAUDIN, « Standards nationaux de protection des droits fondamentaux et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, 2018, p.255.

² CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, n°4-73.

³ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, n°36-75, pt.32. La décision concernait les articles 8, 9, 10 et 11 de la CEDH ainsi que l'article 2 du Protocole 4.

⁴ V. S. MARCIALI, « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.346. V. aussi R. TINIERE, *L'office du juge communautaire*, Bruylant, 2008, p.79 et suiv.

⁵ CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français*, n°60 et 61/84. V. pt. 26, où en raisonnant *a contrario* il est possible de déduire qu'il appartient à la Cour de Justice d'examiner la compatibilité avec la CEDH d'une disposition qui se situerait dans un domaine propre au droit communautaire.

⁶ CJCE, 30 septembre 1987, *Meryem Demirel contre ville de Schwäbisch Gmünd*, n°12/86, pt. 28 ; reprise de la jurisprudence *Cinéthèque*.

⁷ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, n°222/84, où la Cour précise qu'« *il convient de tenir compte des principes dont s'inspire [la CEDH] dans le cadre du droit communautaire* » (pt. 18).

égard, une signification particulière »¹. Par ces différents procédés, finissent ainsi par se dégager divers principes généraux du droit de l'Union qui constituent les premiers droits fondamentaux identifiables². Parmi ces derniers, de nombreux sont issus de la Convention européenne des droits de l'homme³. On retrouve par exemple la liberté d'expression⁴, le droit au recours contre une décision administrative⁵, ou encore le droit au procès équitable⁶. Les systèmes européens de protections des droits fondamentaux amorcèrent leur interaction à partir de cette période, si bien que le juge judiciaire aurait dès lors potentiellement pu y être confronté. Par la suite, l'attachement de l'Union à la protection des droits fondamentaux sera textuellement consacré.

139. L'intégration textuelle des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne. L'introduction textuelle d'un principe de protection des droits fondamentaux⁷ et plus particulièrement ceux issus de la Convention européenne est ensuite effectuée avec l'entrée en vigueur de l'Acte Unique Européen le 1^{er} juillet 1987⁸. Ce mouvement a ensuite été poursuivi par le traité de Maastricht signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, à

¹ CJCE, 18 juin 1991, *ERT/DEP*, n°C-260/89, pt. 41.

² F. FERRARO, J. CARMONA, art. préc., p.6.

³ V., entre autres, J.-J. SUEUR, « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.15, spéc. p.26.

⁴ CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres contre Commissariaat voor de Media*, n°C-288/89. La Cour cite ainsi explicitement « la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui figure parmi les droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire » (pt.23).

⁵ CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contre Georges Heylens et autres*, n°222/86. Elle considère que « l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit [...]. Cette exigence constitue un principe général de droit communautaire qui [...] a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme » (pt.14).

⁶ TUE, 18 septembre 1995, *Detlef Nölle contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, n°T-167/94, pt.59 à pt.63 ; CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem contre Commission des Communautés européennes*, n°374/87, pt.30.

⁷ B. FAVREAU, art. préc., p.3. V. aussi, pour une analyse historique de la construction de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme, C. LECLERCQ, « Les droits de l'homme en Europe : Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union », in *La Constitution et les valeurs*, mélanges en l'honneur de Dmitri Georges LAVROFF, Dalloz, 2005, p.219 ; ou encore J.-P. COT, « Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne » in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.155.

⁸ Le traité avait été signé à Luxembourg le 17 février 1986 et à la Haye le 28 février 1986, et le troisième paragraphe de son préambule exprime que les États signataires sont « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ».

l'article F.2¹. Il est enfin entériné par le traité d'Amsterdam qui en fait l'article 6§2 du Traité de l'Union européenne (TUE)². La Cour de justice est donc, dès cette époque et tout comme l'est le juge judiciaire, habilitée à contrôler les mesures nationales entrant dans le champ du droit communautaire au regard des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme³. L'arrivée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne renouvelle les sources de droits fondamentaux auxquels juges communautaire et national devront se référer dans leur contrôle.

2/ Le renouvellement des sources par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

140. Des textes antérieurs consacrant des droits économiques et sociaux. Malgré l'adoption antérieure de la Charte sociale européenne⁴, qui a été une source d'inspiration pour le droit de l'Union⁵, c'est avec l'adoption du traité d'Amsterdam que l'Union européenne

¹ L'article stipule en effet que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». On peut ainsi constater que c'est une reprise quasi exacte des jurisprudences précitées de la CJCE.

² Le traité d'Amsterdam a été signé le 2 octobre 1997, et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. L'article F.2 est repris dans son intégralité, sans aucune modification. V. not. F. SUDRE, « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système de protection des droits de l'homme ? », *JCP G* 1998, n°1, doctr. 100.

³ Cette évolution va permettre aux cours constitutionnelles nationales initialement réfractaires de changer leurs positions. V. BVerfG, 22 octobre 1986, *Solange II*, n°197/83 ; *RTDE* 1987, p. 537. Dans le même sens, voir les arrêts *Frontini* du 27 décembre 1973 (n°183, *Giur. it.*, 1974, I, p. 513 ; *Foro Italiano* 1974, I, p. 314, note MONACO ; *JTDE* 1974, p. 409 ; *Rivista de diritto internazionale* 1974, p. 130 ; *RTD eur.* 1974, p. 148, note S. NERI ; *CDE* 1975, p. 114) et *Fragd* du 13 avril 1989 (n°232) de la Cour constitutionnelle italienne et la déclaration du tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004.

⁴ Elle est issue d'une convention du Conseil de l'Europe adoptée en 1961 puis révisée 1996. V. pour un panorama des droits sociaux en Europe dans les années 2000, J.-P. COSTA, « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.141 ; et dans le même ouvrage, C. PETTITI, « La protection des droits sociaux fondamentaux à l'aube du troisième millénaire », p.613. V. aussi, A. DE SALAS, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.579.

⁵ V. O. DE SCHUTTER, « Le statut de la Charte sociale européenne dans le droit de l'Union européenne » in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.217 ; C. PETTITI, « La place des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.107. Pour une analyse évolutive de la dimension sociale de l'Union, V. J. GOETSCHY, « Construction de l'Europe sociale et droits sociaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.175. V. aussi, sur le système de contrôle de la Charte sociale, D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p.441.

affiche clairement son désir de promouvoir davantage les droits fondamentaux¹. Elle le fait au travers de modifications intervenues au sein du traité instituant la Communauté économique européenne (TCEE). Au rang des principes, on retrouve ainsi l'interdiction générale de toute discrimination en raison de la nationalité², ainsi que le droit à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux³. De surcroît, est institué un droit à la protection des données personnelles⁴, ou encore un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission⁵. C'est ainsi une première génération de droits qui était textuellement consacrée, mais qui avait davantage vocation à consolider les politiques économiques européennes qu'à assurer une réelle protection des droits fondamentaux des citoyens ou résidents de l'Union. Cet objectif ne naît réellement au sein des institutions européennes que vers la fin des années quatre-vingt-dix.

141. Une Charte initialement non contraignante. L'idée de la construction d'une Charte des droits fondamentaux⁶ contenant « *les droits de liberté et d'égalité, ainsi que les droits de procédure tels que garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes des États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* » mais qui réunit aussi des « *droits fondamentaux réservés aux citoyens de l'Union* » tout en prenant « *en considération des droits économiques et sociaux tels qu'énoncés dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* » n'émerge qu'à l'initiative de la présidence allemande du Conseil européen en

¹ F. FERRARO, J. CARMONA, art. préc., p.9.

² Article 12, §1 de la version consolidée du traité instituant la Communauté européenne (2002).

³ Article 14 §2 du point de vue du principe général. Mais il est complété par la Partie 3 du TCEE consacré aux politiques de la communauté, dont le titre I qui traite de la libre circulation des marchandises (articles 23 à 31), le titre II des denrées agricoles (articles 32 à 38), et enfin le titre III concerne la libre circulation des personnes, services et capitaux (articles 39 à 60). On constate ainsi que quantitativement, les droits consacrés sont essentiellement économiques.

⁴ Article 286 du TCE.

⁵ Article 255 du TCE.

⁶ V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 13^e édition, 2016, p.154, §97 ; A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK, P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement, Questions choisies d'actualité*, Anthémis, 2012, p.73, spéc. p.75 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, 11^e édition, 2018, p.453 ; C. BLUMANN, « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.199. Pour le rôle joué par le Président Guy BRAIBANT dans l'élaboration de la Charte, V. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Guy BRAIBANT et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Guy BRAIBANT, juriste et citoyen*, hommage en l'honneur de Guy BRAIBANT, Dalloz, 2011, p.225. Pour une synthèse de l'apport d'un tel texte, v. L. WEITZEL, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.225.

1999¹. L'objectif affiché est qu'un tel texte puisse voir le jour à la suite du travail d'un comité d'experts² avant le mois de décembre de l'année suivante, et il est atteint puisque la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sera adoptée et proclamée le 7 décembre 2000 à Nice par le Parlement, la Commission et le Conseil de l'Union européenne³. Néanmoins, à l'époque, elle n'a de ce fait aucune force contraignante⁴, puisqu'elle n'est qu'un accord interinstitutionnel. Cela n'empêche pas certaines juridictions de la citer de leur propre chef, et notamment la Cour européenne des droits de l'homme qui l'utilise pour mieux définir la marge nationale d'appréciation⁵. Il faudra toutefois attendre le traité de Lisbonne pour qu'elle puisse s'imposer aux États membres et aux citoyens de l'Union⁶.

¹ V. les conclusions de la Présidence du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, site internet du parlement européen. Les extraits cités sont issus du §2 de l'annexe IV consacrée à la décision du Conseil d'élaborer une charte des droits fondamentaux de l'Union.

² V. J. ROSSETO, « Vers la reconnaissance d'un socle de droits fondamentaux dans l'Union européenne : la contribution du groupe d'expert Simitis », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.417.

³ Elle l'a été à l'issue d'une convention composée de 15 représentants de chefs d'État et de gouvernement, de 30 représentants des parlements nationaux, de 16 représentants du Parlement européen et d'un représentant de la Commission, et présidée par l'ancien président de la République fédérale allemande et de la Cour constitutionnelle allemande, Roman HERZOG.

⁴ V. L. BURGORGUE-LARSEN, « Portée de la Charte des droits fondamentaux : la patience est de mise », *AJDA* 2005, p.845 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quelle valeur ajoutée, quel avenir ? », *RMCUE* 2000, p.674. V. aussi, pour une approche évolutive, A. BRUN, « La Charte des droits fondamentaux. De la proclamation politique à la constitutionnalisation formelle », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.39.

⁵ V. pour un exemple frappant et bien connu, CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n°28957/95. La Cour énonce en effet, pour changer son positionnement vis-à-vis de la question du changement de sexe à l'État civil, et plus particulièrement du mariage des transsexuels que « *le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme* » (§100). Cela lui permet de rejeter « *la thèse selon laquelle les Etats contractants doivent pouvoir entièrement régler la question dans le cadre de leur marge d'appréciation. En effet, cela reviendrait à conclure que l'éventail des options ouvertes à un Etat contractant peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier. La marge d'appréciation ne saurait être aussi large* » pour conclure enfin en affirmant qu'elle « *ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier* » (§103). V. pour davantage d'exemples et une explication plus détaillée, L. BURGORGUE-LARSEN, « Les juges face à la Charte. De la prudence à l'audace », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p.3. V. aussi pour des propos plus généraux, J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme au service de la construction européenne », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste*, mélanges en hommage à Francis DELPÉRÉE, Bruylant, 2007, p.299.

⁶ Pour un aperçu des différentes options envisagées et des débats qui animaient les États sur la question, V. MICHEL, « Les conventionnels face à la Charte », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p.65 ; G. BRAIBANT, « De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.327 ; et, du même auteur, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : occasion manquée ou nouvelle chance ? », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste*, mélanges en hommage à Francis DELPÉRÉE, Bruylant, 2007, p.255.

142. Une valeur contraignante conférée par le traité de Lisbonne. Après l'échec en 2005 du processus de ratification du traité instituant une Constitution pour l'Europe qui intégrait la Charte¹, le Conseil européen a opté pour la voie d'un nouveau traité en vue de satisfaire certains objectifs similaires. Ainsi, le traité de Lisbonne est ratifié le 13 décembre 2007 par la totalité des États membres pour une entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, et modifie le TUE et le TCE². Dans le traité, une déclaration est effectuée sur la Charte des droits fondamentaux³, précisant que cette dernière, « *juridiquement contraignante, confirme les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres* », entrant ainsi dans la continuité de l'évolution précédemment décrite⁴. Cette déclaration trouve sa traduction à l'article 6 du TUE, dont le premier paragraphe énonce d'ailleurs désormais qu'elle a « *la même valeur juridique que les traités* ». Le second mentionne l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, tandis que le troisième confirme l'intégration, en tant que « *principes généraux* », des droits fondamentaux issus des traditions constitutionnelles communes des États membres ou contenus dans la CEDH⁵. À partir du moment où une valeur contraignante est conférée à la Charte, se pose nécessairement la question de savoir comment les textes européens, cette dernière en tête, s'articulent avec la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le contrôle exercé par le juge judiciaire devra être étudié en considération de ces multiples sources de droits fondamentaux.

143. L'analogie avec la plupart des droits fondamentaux. Sans surprise, la très grande majorité des droits catalogués dans la Charte des droits fondamentaux sont directement inspirés

¹ V., entre autres, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Les droits fondamentaux dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.761 ; V. CHRISTIANOS, F. PICOD, « L'apport de la Constitution européenne aux modes de protection des droits de l'homme », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.231 ; R. BADINTER, « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.143.

² V. par ex., T. BONTINCK, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.101.

³ À noter que cette déclaration est en tête de liste.

⁴ V. L. S. ROSSI, « Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.609.

⁵ La formulation est assez proche de l'article F.2 du traité de Maastricht, devenu l'ancien article 6§2 du TUE avec le traité d'Amsterdam. Sur la question des droits sociaux après le traité de Lisbonne, V. par ex. S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits irrévocables ? Un appel à la vigilance », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.265.

de ceux de la Convention européenne des droits de l'homme¹. Ainsi, sont par exemple consacrés le droit à la vie², l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants³, l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé⁴, le droit à la liberté et à la sûreté⁵, le droit au respect de la vie privée et familiale⁶, le droit au mariage⁷, la liberté de pensée, de conscience et de religion⁸, la liberté d'expression et d'information⁹, la liberté de réunion et d'association¹⁰, le droit à l'instruction¹¹, le droit de propriété¹², le droit à la protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition¹³, les droits de la défense¹⁴, le principe de non-discrimination¹⁵, ou encore les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines¹⁶ et le principe *non bis in idem*¹⁷. Dans ces cas, il y a une totale convergence entre les sources mobilisées par le juge de l'Union et le juge judiciaire. L'articulation des contrôles peut ainsi être étudiée *a priori* sans que la différence de source textuelle ne pose de réel problème¹⁸, et ce d'autant plus que l'article 52 §3 de la Charte prévoit que « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention* ». Le texte ajoute, toutefois, que cela ne saurait empêcher toutefois le droit de l'Union d'accorder une protection plus étendue : la construction du droit à la protection des données personnelles est un exemple particulièrement

¹ V. V. F. FERRARO, J. CARMONA, art. préc., p.15 ; M.-J. SCHMITT, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, un guide de lecture à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Charte sociale européenne (révisée) », mai 2008, site internet du Conseil de l'Europe.

² Protégé par l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³ Protégé par l'article 4 et l'article 3 de la CEDH.

⁴ Protégé par l'article 5 de la Charte et l'article 4 de la CEDH.

⁵ Protégé par l'article 6 de la Charte et 5 de la CEDH.

⁶ Protégé par l'article 7 de la Charte et l'article 8 de la CEDH.

⁷ Protégé par l'article 9 de la Charte et l'article 12 de la CEDH.

⁸ Protégé par l'article 10 de la Charte et l'article 9 de la CEDH.

⁹ Protégé par l'article 11 de la Charte et l'article 10 de la CEDH.

¹⁰ Protégé par l'article 12 de la Charte et l'article 11 de la CEDH.

¹¹ Protégé par l'article 14 de la Charte et l'article 2 du premier protocole additionnel de la CEDH.

¹² Protégé par l'article 17 de la Charte et l'article 1 du premier protocole de la CEDH.

¹³ Protégé par l'article 19 de la Charte et l'article 4 du protocole 4 et l'article 1 du protocole 7 de la CEDH .

¹⁴ Protégé par l'article 48 de la Charte et l'article 6§2 et 3 de la CEDH.

¹⁵ Protégé par l'article 21 de la Charte et l'article 14 de la CEDH.

¹⁶ Protégé par l'article 49 de la Charte et l'article 7 de la CEDH.

¹⁷ Protégé par l'article 50 de la Charte et l'article 4 du protocole 7 de la CEDH

¹⁸ La Cour européenne des droits de l'homme s'inspire d'ailleurs elle-même de la Charte pour interpréter les droits analogues au sein de la Convention. V. sur ce point, M. PELLONPÄÄ, « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.351. V. aussi D. SPIELMANN, « La prise en compte et la promotion du droit communautaire par la Cour de Strasbourg », in *Les droits de l'homme en évolution*, mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p.455.

topique d'une telle possibilité¹. Se profile ainsi l'idée selon laquelle les droits garantis par le droit communautaire ne sont pas totalement analogues, cette dernière en consacrant davantage.

144. Des droits protégés par la Charte absents dans la Convention européenne.

L'analogie entre les droits contenus dans les deux ordres juridiques n'est pas totale. En effet, que ce soit au sein de la Charte sociale européenne de 1961, ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 1999, ou même plus largement dans de très nombreuses directives qui s'en inspirent, de nombreux droits sociaux y sont consacrés², tandis que le silence règne en la matière au sein de la Convention européenne. En effet, la Charte des droits fondamentaux est pourvue d'un chapitre IV intitulé « Solidarité », consacré à la protection des travailleurs³, à la protection sociale⁴ et de la santé⁵, ou encore à la protection de l'environnement⁶ et des consommateurs⁷. Le chapitre suivant, consacré à la citoyenneté européenne, n'a pas non plus d'équivalent au sein de la Convention⁸. Le droit de l'Union européenne consacre donc une protection plus étendue que la Convention européenne : les interactions qu'entretiennent juge judiciaire et Cour de justice de l'Union de ce point de vue sont donc uniques, et ne trouvent pas leur équivalent s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme.

145. L'applicabilité limitée des principes et de certains droits sociaux.

Les principes⁹ consacrés par la jurisprudence de la Cour de justice, et parfois repris par la Charte des droits fondamentaux, font eux aussi partie des normes de référence qu'elle mobilise. Si certains ne sont pas analogues aux droits contenus dans la Convention, ils peuvent être aussi exclus de l'analyse à un autre titre, à savoir leur applicabilité limitée. En effet, l'article 51§1 différencie les droits que les États doivent « respecter », et les principes qu'ils doivent « observer »,

¹ Sur cette question, nous ne pouvons que citer la thèse de Madame Noémie VÉRON, qui en étudie les interactions avec le renseignement, V. N. VÉRON, *Protection des données personnelles et renseignement. Contribution à l'identification d'un régime juridique autonome*, thèse dactylographiée, 2021, à paraître aux éditions L.G.D.J.

² La seconde s'inspirant d'ailleurs de la première, V. not. M.-J. SCHMITT, art. préc., p.48.

³ Articles 27 à 33 de la Charte.

⁴ Article 34 de la Charte.

⁵ Article 35 de la Charte.

⁶ Article 37 de la Charte.

⁷ Article 38 de la Charte.

⁸ Certains des principes précédemment évoqués sont d'ailleurs repris au sein de la Charte. C'est le cas par exemple du droit d'accès aux documents repris à l'article 42, ou encore de la liberté de circulation et de séjour à l'article 45. On retrouve par ailleurs le principe de protection des données à caractère personnel à l'article 8.

⁹ Sur une différenciation entre les principes et les droits, V. A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, art. préc., spéc. p.89 ; F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.527, spéc. p.531 et suiv. ;

l'impérativité étant davantage marquée dans le premier terme que dans le second. La différenciation se retrouve au sein de l'article 52§5¹ qui encadre explicitement l'application des principes en permettant leur mise en œuvre « *par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives* ». Les principes sont donc davantage des sources d'inspiration, et ne sauraient être invoqués directement par le justiciable, sauf s'agissant de « *l'interprétation et [du] contrôle de la légalité de tels actes* ». Sont ainsi concernés de nombreux droits sociaux, peu effectifs parce qu'ils n'ont pas nécessairement d'effet direct². Le juge judiciaire peut donc se fonder sur un panel de normes bien plus étendu que le juge européen. La convergence entre les normes de référence qu'utilise le juge judiciaire et le juge européen n'est donc pas totale, et c'est d'ailleurs aussi le cas des normes qui peuvent être contrôlées au regard des droits d'origine communautaire.

B/ La convergence ciblée des normes contrôlées

146. Une limitation aux mesures « *mettant en œuvre le droit de l'UE* ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit elle-même, au sein de son Chapitre VII consacré aux dispositions générales, un article spécialement dédié à son propre champ d'application. Ainsi, s'agissant des sujets de droit concernés, l'article 51 énonce que « *les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres* ». L'application semble ainsi assez large. Toutefois, concernant ces derniers, une limitation est ajoutée, puisque les États – à entendre au sens large comme l'ensemble des autorités nationales³ – ne doivent respecter les

¹ À noter que ce paragraphe avait été ajouté suite à une demande britannique, en 2004, au sein du traité établissant une Constitution pour l'Europe, V. X. GROUSSOT, L. PECH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne », *Question d'Europe*, n°173, p.9 ; C. WEISSE-MARCHAL, art. préc.

² Bien qu'on puisse observer un mouvement tendant à le renforcer de plus en plus, le caractère fondamental des droits sociaux étant ainsi parfois assez difficile à appréhender. V. not. S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits irrévocables ? Un appel à la vigilance », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.265, spéc. p.275 et p.278 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union ? », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.263, spéc. p.272 et suiv.

³ Qui comprennent donc, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les « *autorités centrales et décentralisées de l'État, mais également tous les organismes ou personnes publics ou privés « chargé[s] en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir sous [son] contrôle, un service d'intérêt public dispos[ant] à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapports aux règles applicables dans les relations entre particuliers* » », comme le souligne C. WEISSE-MARCHAL, citant CJCE, 12 juillet 1990, *A. Foster e.a. contre British Gaz plc.*, n°C-188/89, pt. 22. V. C. WEISSE-MARCHAL, « L'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les ordres juridiques nationaux », *Rev. UE* 2013, p.601.

droits contenus dans la Charte que « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». Tirée d'arrêts de la Cour de justice qui concernaient les principes généraux du droit de l'Union¹, l'expression ainsi formulée pourrait être interprétée strictement ou largement². Dans le premier cas, il s'agirait seulement de mesures d'application du droit de l'Union européenne, l'État n'ayant dans ce cas aucune latitude et n'agissant qu'en tant qu'agent de l'Union. Dans le second, seraient concernées la totalité des mesures nationales qui pourraient entrer dans le champ d'application du droit communautaire. La Cour de justice semble avoir tranché en faveur de cette dernière hypothèse.

147. L'applicabilité de la Charte. S'agissant des principes généraux du droit de l'Union³, dans les arrêts *ERT*⁴, *Bostock*⁵, *Kremzow*⁶ ou encore *Annibaldi*⁷, la Cour avait considéré que l'expression mesure nationale « *mettant en œuvre du droit de l'Union* », devait s'entendre comme signifiant « *réglementation nationale entr[ant] dans le champ d'application du droit communautaire* ». Au vu de cette préalable appréciation, il aurait été assez peu logique qu'à l'aune de la Charte, une disparité quant à l'application des droits qu'elle contient apparaisse au regard des principes généraux qu'elle avait auparavant dégagés. Autrement dit, conférer une portée plus large à des principes que la CJCE avait déduit des outils nationaux et internationaux de protection des droits fondamentaux à défaut de texte qu'à ceux catalogués postérieurement dans la Charte pour satisfaire ce but aurait été contre-productif. Cela aurait été d'autant plus incohérent que les explications de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux tranchaient eux aussi en faveur d'une application large⁸. C'est ainsi qu'assez

¹ V. par exemple CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, n°5/88, où la Cour estime que « *les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire [...] li[e]nt également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires* » (pt. 19).

² Pour une réflexion plus approfondie sur la question, V. F. PICOD, « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Condition énigmatique d'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.559.

³ Pour une explication plus détaillée, V. C. WEISSE-MARCHAL, art. préc. ; A. BAILLEUX, E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK, P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement, Questions choisies d'actualité*, Anthémis, 2012, p.73, spéc. p.108.

⁴ CJCE, 18 juin 1991, *ERT/DEP et Kouvelas*, n°C-260/89, pt. 42 ; *RTD eur.* 1995, p.859, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT ; *AJDA* 1992, p.253, chron. J.-D. COMBREXELLE, E. HONORAT et C. SOULARD ; *RTD Com.* 1993, p.436, note C. BOLZE.

⁵ CJCE, 24 mars 1994, *The Queen contre Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, n°C-2/92, pt. 16.

⁶ CJCE, 29 mai 1997, *Friedrich Kremzow contre Republik Österreich*, n°C-299/95, pt. 15.

⁷ CJCE, 18 décembre 1997, *Daniele Annibaldi contre Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, n°C-309/96, pt. 13.

⁸ Le second paragraphe fait ainsi référence aux jurisprudences précitées, et énonce qu'« *il résulte sans ambiguïté de la jurisprudence de la Cour que l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union* ».

logiquement, en 2013 dans l'arrêt *Åkerberg Fransson*¹, la Cour de justice de l'Union européenne, se fondant sur la jurisprudence précitée² ainsi que sur les explications relatives à l'article 51 de la Charte³, en tire une appréciation similaire en considérant que « *les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte* » (pt. 21)⁴. Un arrêt ultérieur rendu deux ans plus tard s'inscrit d'ailleurs dans une mouvance similaire, et souligne l'appréciation extensive que fait la Cour de justice des normes soumises à son contrôle⁵. Ainsi, dans l'affaire *Delvigne*⁶, alors qu'il s'agissait d'une question relative aux bénéficiaires du droit de vote aux élections du Parlement européen, qui revêt en principe de la compétence des États membres, la Cour estime qu'« *un État membre qui, dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation qui lui incombe [d'assurer que l'élection des membres du Parlement européen se déroule au suffrage universel direct, libre et secret], prévoit, dans la législation nationale, une exclusion du nombre des bénéficiaires du droit de vote aux élections au Parlement européen, des citoyens de l'Union, qui, à l'instar de M. Delvigne, ont fait l'objet d'une condamnation pénale devenue définitive [...], doit être considéré comme mettant en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte* »⁷, pour se déclarer ensuite compétente dans l'examen de la question préjudicielle qui lui était soumise⁸. Ces énonciations effectuées, il apparaît ainsi que la concurrence entre droits issus de la Convention européenne et droits issus de l'Union soit assez ciblée.

Pour la portée à donner à de telles explications, V. J. ZILLER, « Le fabuleux destin des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.765.

¹ CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, n°C-617/10.

² CJUE, déc. préc., pt. 19.

³ CJUE, déc. préc., pt. 20.

⁴ Elle complète aussi en raisonnant *a contrario*, en énonçant que « *lorsque, en revanche, une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence* » (pt. 22).

⁵ V. sur ce point, L. PAILLER, « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux », in L. CLÉMENT-WILZ (dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2019, p.121, spéc. p.129. L'auteur souligne sa crainte de voir le critère de la mise en œuvre instrumentalisé par la Cour de justice (V. p. 132 et suiv.). V. aussi, R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire*, Bruylant, 2008, p.116.

⁶ CJUE, Gr. Ch., 6 septembre 2015, *Thierry Delvigne c/ Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde*, n°C-650/13.

⁷ Déc. préc. pt. 33.

⁸ Elle statue par ailleurs sur l'absence de violation de la Charte, ce qui montre bien qu'il était essentiellement question d'illustrer l'extension de son champ de compétence, plus que d'éviter une violation de la Charte. V. déc. préc. pt. 58.

148. Une concurrence ciblée entre les contrôles. La multiplicité des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union, qui comprennent donc les « principes généraux » déduits des droits nationaux et des conventions internationales qui concernent les droits de l'homme, ainsi que la Charte, n'empêche pas une certaine cohérence du point de vue de leur applicabilité, puisqu'elle est uniformisée, et cantonnée aux mesures nationales entrant dans le champ d'application du droit de l'Union. Par conséquent, les autres mesures, qui n'entrent pas dans son champ d'application, seraient soumises seulement aux autres textes consacrant une protection des droits fondamentaux, qu'ils soient nationaux ou internationaux. La Cour de cassation peut ainsi exclure le moyen fondé sur la Charte des droits fondamentaux « *dès lors que la directive invoquée par le demandeur n'est pas en vigueur* »¹. Le point de convergence entre le contrôle du juge judiciaire exercé au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, des autres traités internationaux ou au regard de la Charte, avec le contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union, se limite donc aux mesures précitées. L'intégration du double contrôle exercé par le juge judiciaire sera donc étudiée, s'agissant de ses interactions avec la Cour de justice de l'Union européenne, au regard de ces constats. Il apparaît en outre que le contrôle du juge strasbourgeois se cantonne au contenu des lois qui mettent en œuvre le droit de l'Union.

II. Le contrôle de la Cour de justice cantonné au contenu de la loi

149. La compétence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de protection des droits fondamentaux est enserrée dans des procédures qui se prêtent peu à un contrôle de l'application de la loi. Le contrôle du contenu des lois qu'elle exerce est donc inhérent à sa compétence (A), et la voie d'un contrôle de leur application paraît assez peu envisageable (B).

A/ Un contrôle du contenu de la loi inhérent à sa compétence

150. Délimitation aux recours en manquement et aux renvois préjudiciels en interprétation. Se demander si la Cour de justice peut exercer tant un contrôle de l'application des lois que de leur contenu nécessite préalablement de déterminer les voies de recours qui lui

¹ Crim., 26 juin 2013, n°13-81.491. La Cour de cassation avait d'ailleurs exclu le moyen fondé sur la Charte après l'avoir examiné sur celui la Convention européenne.

sont offertes pour contrôler la loi au regard des droits fondamentaux¹. En effet, le juge luxembourgeois est pourvu d'un grand nombre de compétences, qui découlent de la nature juridique de l'Union et qui n'impliquent pas nécessairement d'interactions avec le juge judiciaire. Par conséquent, sont exclus les recours en annulation², les exceptions d'illégalité³, ou encore les recours en carence⁴, les recours en responsabilité extracontractuelle⁵ ou encore le contentieux de la fonction publique⁶. Seront en revanche pleinement concernés les recours en manquement puisqu'ils permettent selon l'article 258 du TFUE de sanctionner un État membre qui aurait « *manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités* ». Cela inclut donc les normes mettant œuvre le droit de l'Union incompatibles avec un droit fondamental qu'il garantit⁷. S'agissant des renvois préjudiciels, ils peuvent être exclus lorsqu'ils portent sur la validité des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union⁸, d'autant que le juge judiciaire n'est aucunement concerné par un tel contrôle. En revanche, le renvoi préjudiciel en interprétation, plus particulièrement lorsqu'il concerne les traités, sera quant à lui intéressant à appréhender du point de vue du contrôle de l'application des lois qui pourrait être exercé par la Cour de justice.

151. Un contrôle du contenu inhérent au renvoi préjudiciel en interprétation. Comme le souligne le Professeur COUTRON, « *la notion de “contrôle abstrait” semble, spontanément, coïncider assez largement avec la mission qui est confiée à la Cour dans le renvoi préjudiciel en interprétation. Elle y est en effet uniquement chargée d'interpréter le droit de l'Union, sans pouvoir, théoriquement, apprécier ni la validité du droit national, ni appliquer le droit de*

¹ F. KRENC, « La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.77.

² Ces derniers consistent à annuler des actes de l'Union pour illégalité, et ne sont donc pas traités par l'étude puisque le juge judiciaire n'est aucunement concerné, et l'annulation ne saurait être « concrète » au sens d'une annulation circonstanciée à une espèce en particulier. V. pour une définition M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, 11^e édition, 2018, p.709.

³ Elle vise elle aussi, pour un requérant ordinaire, à contester un acte de l'Union qui fonde une décision qui lui est opposée, et ne concerne ainsi pas non plus le juge judiciaire. V. M. BLANQUET, *op. cit.* p.745.

⁴ Qui permet de sanctionner « *une abstention illégale dont s'est rendue coupable une institution qui aurait dû agir en vertu du droit de l'Union* », V. M. BLANQUET, *op. cit.* p.750. Il n'est que très rarement utilisé.

⁵ Recours contentieux de pleine juridiction, elle a pour but de faire condamner l'Union à indemniser les victimes de ses actions, M. BLANQUET, *op. cit.* p. 782.

⁶ La Cour de justice tranche dans ce cas un litige entre l'Union et ses agents.

⁷ La conception de la notion de manquement est par ailleurs large, tant du point de vue de la nature des obligations violées, de la nature de la violation ou encore de l'auteur de la violation, V. M. BLANQUET, *op. cit.*, p.759.

⁸ En vertu de l'article 267, b) du TFUE.

l'Union aux circonstances de l'affaire au principal »¹. Dans ce cas, l'interlocuteur du juge européen est le juge national, ce qui conduit à un certain recul par rapport au cadre factuel de l'affaire². Dès la décision *Costa c/ E.N.E .L.*, la CJCE a d'ailleurs considéré que dans le cadre d'une question préjudicielle, elle « *ne peut, ni appliquer le traité à une espèce déterminée, ni statuer sur la validité d'une mesure de droit interne au regard de celui-ci, comme il lui serait possible de le faire dans le cadre [d'un recours en manquement]* »³. Elle peut seulement « *fournir à la juridiction nationale les éléments qui [lui] permettront [...] de trancher le litige dont elle est saisie, notamment ce qui concerne une éventuelle incompatibilité entre les dispositions nationales et communautaires* »⁴. Ces dernières comprennent donc les droits et principes reconnus en droit de l'Union, si bien qu'elle pourra contrôler la compatibilité du contenu d'une mesure nationale avec un droit d'origine communautaire. Sur cette question, la lecture des conclusions de M. l'avocat général BOBEK sur l'affaire *Cresco investigations*⁵ est éclairante. Il énonce que « *dans le cadre de l'examen de la question de la compatibilité abstraite d'une disposition de droit national avec la Charte et une directive de l'Union, le point de savoir ce qui est exactement appliqué au cas d'espèce revêt [...] une importance secondaire* » (pt. 3) et propose ainsi « *une réponse générale qui concerne uniquement le contrôle (abstrait) de la compatibilité de règles* » (pt. 38). La Cour n'entre donc de manière générale qu'assez rarement dans les détails de l'affaire au principal⁶. Comme le souligne la professeure CLAUSEN⁷, à propos de l'affaire *Central Israëlitisch Consistorie van België e.a.*⁸, « *le juge effectue une mise en balance relativement abstraite et générale des droits et intérêts en jeu et n'aborde guère spécifiquement l'impact concret de la conciliation sur les positions individuelles respectives des titulaires des deux droits. C'est ce niveau d'abstraction qui permet d'expliquer la plasticité de cette technique et la mise sur le même plan de la liberté religieuse et du bien-être animal* »⁹. Il en est de même pour le recours en manquement, que le

¹ V. L. COUTRON, « Contrôle abstrait/contrôle concret : l'impossible systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au contrôle des actes des États membres », *RDLF* 2019, chron. n°03, p.1.

² Qui demeure toutefois rappelé par le juge national, sans quoi la question préjudicielle posée sera déclarée irrecevable en vertu de l'article 94 du règlement de procédure de la Cour.

³ CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, n°6-64, rec. p.1158.

⁴ CJCE, 23 novembre 1977, *Enka BV contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem*, n°38-77, pt. 21.

⁵ CJUE, 22 janvier 2019, *Cresco Investigation GmbH contre Markus Achatzi*, n°C-193/17.

⁶ V. L. COUTRON, art. préc., p.5-6.

⁷ Pour davantage de détails concernant le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de justice de l'Union européenne, V. F. CLAUSEN, « Le contrôle de proportionnalité par la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA* 2021, p.800.

⁸ CJUE, 17 décembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.*, n°C-336/19.

⁹ En effet, la Cour de Justice effectue un contrôle de proportionnalité entre une limitation de l'exercice du droit à la liberté des croyants juifs et musulmans de manifester leur religion (garanti par l'article 10 §1 de la Charte) et une réglementation nationale imposant une obligation d'étourdissement préalable de l'animal lors de l'abattage

juge européen avait par ailleurs relié très tôt au renvoi préjudiciel en interprétation dans l'affaire *Van Gend en Loos*¹.

152. Une abstraction revendiquée dans le recours en manquement. Le Professeur COUTRON souligne aussi qu'en ce qui concerne le recours en manquement, malgré la naissance de cette procédure dans un contexte factuel et son objet (la mesure nationale), la juridiction luxembourgeoise a quand même valorisé son caractère objectif, qui correspond à l'idée d'un contrôle du contenu de la loi. La Cour de justice estime à cet égard que « *le recours en manquement a un caractère objectif et, en conséquence, le manquement aux obligations qui incombent aux États membres en vertu du traité ou du droit dérivé est considéré comme existant, quelles que soient l'ampleur ou la fréquence des situations incriminées* »². Ainsi, même le manquement dont la portée est très réduite pourra être sanctionné. Essentiellement actionné par la Commission, ce recours emprunte les caractères d'un contrôle du contenu des lois particulièrement lorsqu'un État a, selon elle, mal transposé une directive³. La nécessité d'un contrôle du contenu des lois découle notamment de l'objectif d'uniformité du droit de l'Union, mais pas seulement. En effet, la sanction des normes dont l'incompatibilité avec le droit communautaire serait lourde de conséquences est aussi un des facteurs qui pousse la Cour de

rituel (qui lui découlait de l'article 26, §2 du règlement n°1099/2009). Après avoir admis que le décret belge limitait l'exercice des religions en cause (cf §55 de la décision), elle pratique un contrôle de proportionnalité essentiellement abstrait. Elle examine en effet la compatibilité du contenu de la loi nationale, et pratique un contrôle de proportionnalité qui reste très général. Par exemple, elle estime que « *une réglementation nationale qui impose l'obligation d'étourdissement préalable de l'animal lors de l'abattage rituel tout en prescrivant que cet étourdissement soit réversible et qu'il ne provoque pas la mort de l'animal respecte le contenu essentiel de l'article 10 de la Charte dès lors que [...] l'ingérence résultant d'une telle réglementation se limite à un aspect de l'acte rituel spécifique que constitue ledit abattage, ce dernier n'étant en revanche pas prohibé en tant que tel* » (§61). Elle poursuit ensuite, plus explicitement en mentionnant que « *s'agissant du respect du principe de proportionnalité, celui-ci exige que les limitations que le décret en cause au principal apporte à la liberté de manifester sa religion ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par cette réglementation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés par celle-ci ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés* » (§64). Enfin, plus explicite encore, elle confirme le principe selon lequel « *l'appréciation du respect du principe de proportionnalité doit s'effectuer dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection des différents droits et principes en cause et d'un juste équilibre entre eux* » (§65). Elle ne se préoccupe donc pas des circonstances factuelles de l'affaire en question pour pratiquer son contrôle de proportionnalité, puisqu'elle se cantonne à l'examen du contenu de la norme.

¹ CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, n°26-62, où elle énonce « *que la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui [offert par le recours en manquement pouvant être exercé par] la commission et [l]es États membres* » (rec. p.25).

² V. CJCE, 30 janvier 2003, *Commission contre Royaume de Danemark*, n°C-226/01, pt.32, qui reprend 21 mars 1991, *Commission contre Italie*, C-209/89, pt.6 et pt.19 ainsi que CJCE, 29 mars 2001, *Commission contre France*, C-404/99, pt.51.

³ V. par ex. CJCE, 13 janvier 2005, *Commission contre Espagne*, n°C-84/03 ; CJCE 10 juillet 1986, *Commission contre Italie*, n°235/84, pt.6 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Commission contre Pays-Bas*, n°C-299/02, pt.1. Après avoir effectué une comparaison abstraite, la Cour peut ainsi considérer qu'une norme nationale est « *en tant que telle* », contraire au droit de l'Union, V. CJCE, 18 janvier 2001, *Commission contre Italie*, n°C-162/99, pt.32.

justice à utiliser un contrôle cantonné au contenu des textes. C'est particulièrement le cas lorsque le manquement concerne la violation de droits fondamentaux protégés par l'Union. L'exemple topique récent est celui de l'affaire *Commission contre Pologne* du 24 juin 2019¹, qui concernait un manquement, du fait de mesures prises par le gouvernement, au droit à un recours effectif et à l'accès à un tribunal impartial de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour considère effectivement que « *l'application de la mesure d'abaissement de l'âge du départ à la retraite des juges [de la Cour suprême] à l'égard des juges en exercice au sein de cette juridiction n'est pas justifiée par un objectif légitime. Partant, ladite application porte atteinte au principe d'inamovibilité des juges qui est inhérent à leur indépendance* »². Elle ajoute ensuite que « *le pouvoir discrétionnaire dont se trouve investi le président de la République aux fins d'autoriser, à deux reprises, chaque fois pour trois années, entre l'âge de 65 ans et l'âge de 71 ans, la continuation de l'exercice des fonctions de juge [à la Cour suprême] est de nature à engendrer des doutes légitimes, notamment dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité des juges concernés à l'égard d'éléments extérieurs et à leur neutralité par rapport aux intérêts susceptibles de s'affronter devant eux* »³. Le contrôle pratiqué est ainsi cantonné au contrôle du contenu de la loi, l'incompatibilité de la mesure avec le droit de l'Union étant prononcée de manière générale. Toutefois, il semble que les juges luxembourgeois exercent un contrôle qui se « concrétise », sans qu'il ne puisse pour autant être qualifié de contrôle de l'application des lois.

B/ La voie peu probable du contrôle de l'application de la loi par la Cour de justice

153. Le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne semble progressivement inclure de plus en plus des circonstances factuelles⁴. Ce constat permet de conclure à une forme de « concrétisation » de son contrôle, dans la mesure où les faits sont davantage pris en considération (1). Cette évolution n'est pas à confondre avec le contrôle de l'application des lois exercé par le juge judiciaire, qui n'emporte pas les mêmes effets (2). Cette proximité de caractère des contrôles ne doit ainsi pas tromper sur la divergence de leur objet et de leurs effets,

¹ CJUE, Gr. Ch., 24 juin 2019, *Commission contre Pologne*, n°C-619/18 ; *JCP G* 2019, n°27, 746, note D. BERLIN.

² Déc. préc., pt.96.

³ Déc. préc., pt.118.

⁴ Il nous faut citer un important travail doctoral en la matière, V. F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir juridictionnel*, Institut universitaire Varenne, 2016.

qui justifie notre préférence pour une distinction fondée sur le contrôle du contenu et de l'application de la loi, plus que sur la distinction contrôle abstrait et contrôle concret.

1/ La « concrétisation » du contrôle du contenu de la loi exercé par la Cour de justice

154. L'irruption des faits dans les recours en manquement. Parfois, l'origine du recours en manquement introduit par la Cour de justice est une plainte d'un justiciable ou, plus rarement, une question écrite d'un député européen¹. Dans ces cas, le Professeur COUTRON constate que « *de nombreux arrêts en constatation de manquement portent la trace de cette origine individuelle ou égoïste du recours* »². Il est possible de l'observer par exemple lorsqu'il est demandé à un gouvernement de suspendre les effets juridiques d'un contrat, ou encore plus largement lorsqu'un recours en manquement est introduit pour contester les conditions de passation d'un marché public³. De plus, lorsque les recours en manquement font suite à de nombreuses plaintes au sujet d'une même norme, comme à la manière des arrêts pilotes précédemment évoqués⁴, les circonstances factuelles servent parfois de fondement pour une appréciation qui concerne le contenu de la norme. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Commission contre Allemagne* du 29 avril 2010, dans laquelle la Cour de justice souligne que « *la Commission peut solliciter de la Cour le constat de manquements au droit de l'Union du fait qu'une pratique générale contraire à celui-ci aurait été adopté par les autorités d'un État membre, en illustrant cette pratique par des situations spécifiques* »⁵. Les circonstances factuelles sont ainsi ici un appui pour caractériser un manquement généralisé au droit de l'Union, qui demeure cantonné au contrôle du contenu de la norme. Un mouvement semblable peut être observé lorsqu'il s'agit de renvois préjudiciels en interprétation.

155. L'irruption des faits dans les renvois préjudiciels en interprétation. Lorsqu'elle est saisie de questions posées par les juridictions nationales, la Cour prend de plus en plus en compte les circonstances factuelles lorsqu'elle rend ses décisions, et évite parfois d'examiner

¹ V. par ex. CJCE, 18 janvier 2001, *Commission contre Italie*, n°C-162/93, pt.9.

² V. L. COUTRON, art. préc. p.7.

³ V. par exemple, CJCE, 25 avril 1996, *Commission contre Royaume de Belgique*, n°C-87/94, pt.25 ; CJCE, 29 novembre 2007, *Commission contre Italie*, n°C-119/06 ; CJCE, 13 novembre 2007, *Commission contre Irlande*, n°C-507/03.

⁴ V. §63 de la thèse.

⁵ CJUE, 29 avril 2010, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, n°C-160/08, pt.106, rappelant CJUE, 25 octobre 2007, *Commission contre Irlande*, n°C-248/05, pt.64.

la compatibilité de la norme nationale avec les dispositions issues du droit de l'Union¹. C'est plus particulièrement le cas lorsqu'une question de société est soulevée par le renvoi. Ainsi, dans l'affaire *Römer*, elle s'y refuse en estimant que « *la comparaison des situations doit être fondée sur une analyse focalisée sur les droits et obligations des époux mariés et des partenaires de vie enregistrés, tels qu'ils résultent des dispositions internes applicables, qui sont pertinents compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi de la prestation en cause au principal, et non pas consister à vérifier si le droit national a opéré une assimilation juridique générale et complète du partenariat de vie enregistré au mariage* »². Dans ces cas, les circonstances factuelles sont prises en compte en vue d'éviter la systématisation, ce qui pourrait rapprocher son contrôle de celui de l'application des lois. Cela est d'autant plus aisé que l'affaire qu'elle doit traiter lui a été soumise dans le cadre d'un litige entre deux parties au sein d'un État, si bien que les faits sont plus facilement préhensibles que dans le cadre d'un recours en manquement. La Cour est d'ailleurs aidée par l'article 94 de son règlement de procédure, qui dispose que la demande de décision préjudicielle doit contenir « *un exposé sommaire de l'objet du litige ainsi que des faits pertinents, tels qu'ils ont été constatés par la juridiction de renvoi ou, à tout le moins, un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées* ». Les circonstances factuelles sont ainsi plus facilement prises en compte. Cela permet à la Cour, dans certains cas, de « concrétiser » l'interprétation qu'elle délivre.

156. Une volonté de concrétiser l'interprétation délivrée³. Dans certains cas, invitée par la juridiction étatique qui l'a questionnée, il peut arriver que la Cour souhaite lui donner toutes les indications nécessaires en vue de trancher le litige qui en est à l'origine. Par exemple, dans l'affaire *Köbler*, elle souligne que « *la juridiction de renvoi vise en substance à savoir si, dans l'espèce au principal, la responsabilité de l'État membre est engagée en raison d'une violation du droit communautaire* »⁴. Elle répond ensuite aux questions posées en indiquant que « *dans la présente affaire, la Cour dispose de tous les éléments pour établir si les conditions*

¹ Certains observent par ailleurs qu'au-delà de la question des droits fondamentaux, les « grands arrêts » de la Cour de justice se font de plus en plus rares, cette dernière leur préférant une série d'arrêts rendus de manière progressive qui constituent un « bloc de jurisprudence ». Le Professeur BERTRAND conclut ainsi que « *le bloc de jurisprudence est un concept adapté à la prudence d'une Cour de justice qui a renoncé à l'audace des origines. Le droit de l'Union européenne n'a plus besoin d'une jurisprudence de combat fonctionnant par coups d'éclat. Une jurisprudence plus ordinaire, en somme. Cette progressivité ne permet plus de penser la jurisprudence de façon elliptique. Les blocs de jurisprudence lèvent le voile sur cette nouvelle approche jurisprudentielle qui tente, par épistrophe plus que par autorité, d'avoir une efficacité* ». V. B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.* 2012, p.741, spéc. p.770.

² CJUE, 10 mai 2011, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, n°C-147/08, pt. 43.

³ V. L. COUTRON, art. préc., p.10.

⁴ CJCE, Gr. ch., 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler contre Republik Österreich*, n°C-224/01, pt. 89.

nécessaires pour engager la responsabilité de l'État membre sont réunies »¹. Les juges luxembourgeois concluent enfin « *qu'une violation du droit communautaire [...], dans les circonstances de l'espèce au principal, [...] ne revêt pas le caractère manifeste requis pour que se trouve engagée, en vertu du droit communautaire, la responsabilité d'un État membre* »². La Cour de justice peut aussi d'elle-même vouloir effectuer un contrôle de proportionnalité et presque l'appliquer à l'espèce dont découle la question préjudicielle. En effet, dans l'affaire *Léger*³, elle rappelle que « *s'agissant du principe de proportionnalité, [...] les mesures prévues par la législation nationale ne doivent pas excéder les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par cette législation, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante de celles-ci et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux objectifs visés* »⁴. Elle transpose ensuite ce principe à l'espèce⁵ et donne des indications très précises à la juridiction de renvoi⁶ pour qu'elle tranche elle-même. Même si la Cour ne met pas directement en œuvre un contrôle de l'application de la loi, les indications qu'elle donne sont d'une telle précision que le juge français a une marge de manœuvre relativement réduite pour trancher le litige. Ainsi, si l'on peut constater une certaine concrétisation du contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union européenne, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'identifie pas – tant dans son objet que dans ses effets – au contrôle de l'application des lois tel qu'il est exercé par le juge judiciaire.

¹ Déc. préc., pt. 101.

² Déc. préc., pt. 126.

³ CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger contre Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Établissement français du sang*, n°C-528/13. La demande de décision préjudicielle avait été formulée dans le cadre d'une affaire dans laquelle il était question du refus par l'Établissement français du sang d'accepter le don de sang du requérant au motif que ce dernier avait eu une relation sexuelle avec un homme.

⁴ Déc. préc., pt. 58.

⁵ La Cour estime ainsi que « *dans une affaire telle que celle au principal, ce principe n'est respecté que si un niveau élevé de protection de la santé des receveurs ne peut pas être assuré par des techniques efficaces de détection du VIH et moins contraignantes que l'interdiction permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes* » (déc. préc., pt. 59).

⁶ Le juge européen estime par exemple qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si « *dans une telle situation et dans le cadre du respect du principe de proportionnalité, il existe des techniques efficaces de détection du VIH pour éviter la transmission aux receveurs d'un tel virus, les tests devant être pratiqués selon les procédures scientifiques et techniques les plus récentes* » (pt. 63), ou encore de vérifier si « *les progrès de la science ou de la technique sanitaire, en prenant notamment en compte le coût d'une mise en quarantaine systématique des dons émanant des hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes ou celui d'une détection systématique du VIH pour tous les dons de sang, permettent d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des receveurs, sans que la charge qui en résulte soit démesurée par rapport aux objectifs de protection de la santé visés* » (pt. 64), et va même jusqu'à conseiller à la juridiction d'examiner en détail le contenu du questionnaire et de l'entretien individuel (pt. 66).

157. Un contrôle potentiel de l'application des lois par la CJUE. Comme le souligne le Professeur COUTRON, « *on pourrait [...] se demander si la cohabitation des contrôles abstrait et concret ne constitue pas l'apanage des affaires impliquant le principe de proportionnalité ou invitant la Cour à veiller au respect des droits fondamentaux. Dans ces deux hypothèses en effet, le constat de violation du principe de proportionnalité, d'une part, ou qu'une atteinte a été portée à la substance d'un droit, d'autre part, postule la succession de ces contrôles. Le basculement du contrôle abstrait vers le contrôle concret s'observe ainsi au troisième stade du contrôle de proportionnalité lorsque le juge passe de l'abstrait au concret, d'un contrôle théorique à un contrôle casuistique* »¹. A priori donc, on pourrait penser que la Cour de justice, pour exercer une protection efficace des droits fondamentaux, devrait articuler un contrôle du contenu de la norme avec celui de son application à l'espèce, comme le fait le juge judiciaire. Cette hypothèse semble soutenue par la possibilité de dégager des caractères communs aux contrôles des deux juges.

158. Un caractère « concret » du contrôle du contenu exercé par la CJUE. Cela a pu être observé tant dans les recours en manquements que dans les renvois préjudiciels en interprétation, la Cour de justice de l'Union prend de plus en plus en compte les circonstances de l'espèce lorsqu'elle pratique son contrôle de conventionnalité, et va jusqu'à guider le juge de renvoi dans la mobilisation des faits susceptibles d'influer sur son contrôle. En cela, le contrôle de la Cour de justice prend une réelle dimension concrète, sans correspondre toutefois au contrôle de l'application de la loi. En effet, depuis l'arrêt du 4 décembre 2013², la Cour de cassation a introduit les circonstances de l'espèce dans son raisonnement pour exercer un contrôle de la compatibilité de l'application de la norme. La méthode ainsi développée par le juge judiciaire s'appuie essentiellement sur la prise en compte des données de faits propres au seul litige soumis à son appréciation, si bien que le contrôle pratiqué par Cour de justice de l'Union peut en cela s'en rapprocher. Malgré ces similitudes, les effets du contrôle de l'application des lois du juge judiciaire diffèrent de celui, certes « concrétisé », des juges luxembourgeois.

¹ V. L. COUTRON, « Contrôle abstrait/contrôle concret : l'impossible systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au contrôle des actes des États membres », *RDLF* 2019, chron. n°03, p.11.

² Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, déc. préc.

159. Des effets distincts des contrôles. Dans la totalité des arrêts du juge national dans lesquels est identifié un contrôle de l'application des lois, il s'agit d'écarter, du moins potentiellement, la norme nationale parce que son application à l'espèce contrevient à un droit fondamental issu d'un texte international. Ainsi, le contenu du texte n'est pas en cause, et les conséquences du contrôle – à savoir la mise à l'écart de la norme – valent uniquement dans l'affaire en question. En d'autres termes, la loi déclarée inconstitutionnelle à la suite de l'exercice d'un contrôle de l'application par le juge judiciaire n'est écartée que dans un seul cas particulier, mais aura vocation à perdurer dans tous les autres cas. L'effet du contrôle du juge judiciaire est bien restreint. En ce qui concerne le contrôle pratiqué par la Cour de justice de l'Union européenne, on s'aperçoit que si le fait s'introduit progressivement dans son argumentation, il n'est en aucun cas une justification de la mise à l'écart du texte dans l'affaire qui en est à l'origine. En effet, on a pu par exemple l'évoquer dans l'affaire *Commission contre Allemagne*¹, les juges luxembourgeois utilisent parfois les circonstances factuelles propres au cas qui leur est soumis pour caractériser ensuite une atteinte systématisée. Le contrôle pratiqué correspond donc à un contrôle du contenu de la norme, qui est certes en partie concret. Les circonstances de fait sont prises en compte, mais l'effet de la décision demeure celui d'un contrôle du contenu de la norme, puisque l'objectif est de l'écarter dans tous les cas et non dans la seule espèce considérée. Dans la plupart des autres affaires, le contrôle de l'application de la loi au sens précité est laissé au juge national.

160. Une probabilité faible d'alignement. L'utilisation d'un contrôle de l'application des lois par la CJUE qui aurait pour effet d'écarter l'application d'une norme nationale contraire à un droit fondamental protégé par le droit de l'Union au seul cas d'espèce apparaît assez peu envisageable. En effet, comme cela a pu être mentionné, le contrôle pratiqué par la Cour de justice diffère de celui exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, en ce qu'il n'avait pas pour but initial de garantir la protection des droits fondamentaux. Il n'y a ainsi pas de saisine directe de la Cour de justice par le justiciable dans les recours susceptibles d'aboutir à un tel contrôle. Or, en ce qui concerne le contrôle de l'application des lois tel qu'il peut être exercé par la CEDH ou le juge judiciaire, il découle majoritairement du fait que le justiciable saisit directement la juridiction. Il peut ainsi formuler explicitement, en utilisant les éléments de faits qui caractérisent sa situation, une demande tendant à ce que la norme soit écartée seulement dans l'espèce en cause. La Cour de justice ne bénéficie quant à elle pas de cette saisine : que ce

¹ CJUE, 29 avril 2010, *Commission contre République fédérale d'Allemagne*, dec. préc.

soit en matière de recours en interprétation, ou de recours en manquement, l'interlocuteur direct n'est pas le justiciable, si bien que l'argumentation développée ou la question posée ne peut aller dans le sens d'une exclusion de l'application de la norme nationale au seul cas qui est à l'origine du recours. Le fait ne reste qu'incident et si, comme on a pu l'observer, il est de plus en plus pris en compte, le juge luxembourgeois n'a pas la compétence pour aller aussi loin que le juge national. Son contrôle a été pensé avant tout comme étant cantonné au contenu de la norme, si bien qu'un passage vers un plein contrôle de son application paraît difficilement envisageable. Ces différences plaident ainsi en faveur de la distinction « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application », qui irriguent le travail doctoral, et qui s'attache davantage à l'objet et aux effets du contrôle qu'à ses caractères, plutôt qu'à la distinction « contrôle concret » et « contrôle abstrait » qui peut conduire à certaines confusions. Cette disparité des contrôles n'est toutefois aucunement un frein à une harmonie des contrôles du juge de l'Union et du juge judiciaire, bien au contraire.

Section 2 : La complémentarité renforcée des contrôles

161. L'absence d'identité des contrôles du juge européen et du juge judiciaire n'est pas un obstacle au constat d'une certaine cohérence. Pour autant, en miroir aux disparités précédemment énoncées, la voie d'une harmonie des normes de référence se dessine, même si elle demeure complexe (I). S'agissant ensuite de la nature différente des contrôles exercés, il semble que le contrôle du juge européen soit complémentaire à celui du juge judiciaire (II).

I. La voie complexe d'une harmonie des normes de référence

162. Le juge européen et le juge judiciaire voient leur contrôle diverger du point de vue des normes de référence des contrôles pratiqués, le problème se posant plus particulièrement s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, dans ce cas, une triple concurrence règne entre juges internes, Cour de justice de l'Union et Cour européenne des droits de l'homme. La voie d'une harmonisation textuelle avait d'abord été envisagée, au travers de la ratification par l'Union européenne de la Convention européenne des droits de l'homme (A). Dans l'attente de plus en plus lointaine de cette éventualité, la recherche de l'harmonie s'est opérée par la construction du principe d'équivalence des protections (B).

A/ L'absence d'harmonisation textuelle des normes de référence

163. L'harmonie des sources aurait pu être permise notamment par l'adhésion de l'Union européenne à la Convention. Le mécanisme présentait ainsi de ce point de vue un grand nombre d'avantages (1). Le dernier avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de justice a toutefois suspendu le processus pendant une durée indéterminée, sans qu'il ne soit totalement enterré (2).

1/ Les avantages espérés de l'adhésion de l'UE à la CEDH

164. Une adhésion proposée de longue date. « Serpent de mer », « Hyde de Lerne », et à certains égards « Sisyphe doctrinal » sont les qualificatifs employés à juste titre par le Professeur SZYMCZAK¹ pour décrire la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, la Commission européenne avait dès 1979 proposé une telle adhésion au Conseil européen², qu'elle a ensuite reformulé en 1990³, puis en 1993. Le Parlement européen s'est quant à lui prononcé à plusieurs reprises en faveur de l'adhésion, tout comme le Conseil de l'Europe⁴. Les différents interlocuteurs semblaient donc en accord sur le principe d'une adhésion, si bien qu'après la proclamation de la Charte des droits fondamentaux et surtout lors de l'élaboration du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, un article I-9 la prévoyait explicitement. Après l'échec bien connu de la ratification, le Traité de Lisbonne a enfin prévu au sein de l'article 6§2 du TUE que « *l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences*

¹ V. d'abord D. SZYMCZAK, « L'adhésion de l'Union européenne à la C.E.D.H. : serpent de mer ou hydre de Lerne ? », *Politeia*, 2008, p.405 ; mais aussi « La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne », in R. TINIÈRE, C. VIAL (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.357 ; R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire*, Bruylant, 2008, p.469.

² V. le *Memorandum* concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1979, base de données EUR-Lex, p.1. Il y est explicitement mentionné que « *la Commission est d'avis que la meilleure façon de répondre à la nécessité du renforcement de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire consiste, au stade actuel, à ce que la Communauté adhère formellement à la Convention européenne du 4 novembre 1950 sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

³ V. le communiqué de presse du 31 octobre 1990 de la Commission européenne, intitulé « La commission européenne demande au Conseil de marquer son accord sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », site internet de la Commission européenne. Elle estime qu'« *une fois la Communauté partie à la CEDH, l'examen de la conformité des actes des institutions pourra être effectué par les instances de Strasbourg, auxquelles sont soumis les actes des Etats membres y compris les décisions de leurs Cours Constitutionnelles et de leur Cours suprêmes* ».

⁴ V. P. AUVRET, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.379.

de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». Dans les déclarations relatives à certaines dispositions du traité, et plus particulièrement celles qui concernent l'article précité, il est notamment fait mention que les spécificités de l'ordre juridique européen devront être préservées, tout en mentionnant que le dialogue préexistant entre Cour de justice et Cour européenne des droits de l'homme « pourra être renforcé lors de l'adhésion de l'Union à [la] Convention ». L'inscription claire de l'objectif d'adhésion était donc un pas de plus pour l'atteindre, sous réserve d'une ratification d'un traité ultérieur par la totalité des pays membres de l'Union. De telles avancées étaient motivées par un certain nombre d'avantages espérés d'une adhésion, qui peuvent être appliqués à la problématique du contrôle concret exercé par le juge judiciaire.

165. L'alignement matériel des normes de référence. L'un des avantages d'une adhésion¹ de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme réside dans l'impossibilité pour les juges des droits fondamentaux d'interpréter de façon divergente les droits consacrés en droit de l'Union avec ceux issus de la Convention européenne. En effet, même si la Charte promet, comme on a pu l'observer, une similitude de sens et de portée des droits à la fois contenus en droit de l'Union et dans la Convention, il s'est parfois avéré que la Cour de justice de l'Union retienne une interprétation sensiblement différente de celle de la Cour européenne des droits de l'homme². Même si ces derniers cas sont marginaux, il n'en demeure pas moins que l'adhésion permettrait d'éviter de telles divergences³, tant entre la CJUE et la CourEDH qu'entre le juge judiciaire et les juges strasbourgeois, neutralisant ainsi d'éventuelles « *interférences matérielles et organiques* »⁴. En effet, le juge judiciaire étant à la fois en charge de contrôler le droit interne au regard des droits issus des normes de l'Union et au regard des droits contenus dans la Convention, une divergence d'interprétation sur les contours d'un droit entre les deux juges européens le placerait dans une situation inconfortable, plus particulièrement lorsqu'il doit examiner la compatibilité de normes mettant en œuvre le droit de l'Union. Du point de vue de l'exercice d'un contrôle de l'application des lois, c'est-à-

¹ V. par ex. G. RESS, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.519

² V., pour rappel, §143 et suiv.

³ V. D. SZYMCZAK, « *Arx tarpeia capitoli proxima* », Rev. UE 2001, p.636 ; O. de SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH* 2010, p.535, spéc. p.541.

⁴ Selon l'expression du Professeur COHEN-JONATHAN, V. G. COHEN-JONATHAN, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.59.

dire lorsque le juge judiciaire opte pour la mise à l'écart d'un texte national au seul cas d'espèce parce qu'il est contraire à un droit fondamental, les nuisances d'une divergence d'interprétation du droit qui serait concerné se font aussi ressentir. Il serait par exemple peu cohérent que le juge judiciaire puisse mettre à l'écart un texte au regard d'un droit contenu dans la Charte, dont la CJUE aurait largement interprété le domaine, et qu'il ne puisse pas le faire s'agissant du même droit mais contenu dans la Convention européenne du fait d'une interprétation plus stricte dudit droit par la Cour européenne. De ce point de vue, une adhésion de l'Union à la Convention permettrait d'imposer une uniformité d'interprétation.

166. Les bénéfices d'un contrôle externe. Comme le souligne le Professeur CONFORTI, si une « *requête est présentée par un individu contre l'Union, il se peut qu'un recours n'existe pas dans le droit de l'UE, soit parce que l'individu n'est pas admis à ester devant la CJUE pour dénoncer un acte communautaire, par exemple, un règlement, soit parce que la compétence de la CJUE de statuer sur les questions préjudicielles ne peut pas être sollicitée par les individus, mais seulement par les juges nationaux* »¹. L'adhésion de l'Union à la CEDH engendrant une double protection, à la fois interne et externe², cela permettrait au justiciable de bénéficier d'un contrôle par la Cour européenne lorsqu'un contrôle par le juge national ou la Cour de justice ne lui serait pas accessible. De plus, lorsque le contrôle interne exercé n'est qu'essentiellement abstrait³, il peut aussi bénéficier d'un contrôle externe qui quant à lui serait plutôt concret, permettant une certaine complémentarité des deux contrôles, comme cela sera évoqué *infra*. Le bénéfice d'un contrôle tant interne qu'externe est donc double, puisqu'il se traduit non seulement par une extension matérielle du contrôle effectué mais aussi par une diversification des méthodes. Ces bénéfices semblent toutefois aujourd'hui assez lointains, au vu du dernier avis rendu par la Cour de justice de l'Union européenne s'agissant de l'adhésion à la Convention.

¹ V. B. CONFORTI, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.21, spéc. p.25.

² En interne, via les principes généraux du droit communautaire et de la Charte des droits fondamentaux, qui font sont les fondements d'un contrôle par les juridictions internes et par la CJUE, ainsi qu'en externe au travers du contrôle de la Cour européenne fondé sur les droits contenus dans la Convention de sauvegarde.

³ Surtout lorsqu'il n'est exercé que par la Cour de justice de l'Union.

2/ La suspension de l'adhésion de l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de justice

167. Une adhésion déjà menacée par l'avis 2/94 du 28 mars 1996. La réticence de la Cour de justice s'agissant de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'était déjà manifestée dans un premier avis 2/64 du 28 mars 1996¹. Elle estime en effet qu'« *en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Cela se justifie en ce que l'adhésion « *entraînerait un changement substantiel du régime actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire [...]. Elle ne saurait être réalisée que par la voie d'une modification du traité* »². Il était donc, pour la Cour, essentiellement question de compétence, que seule une modification du traité pouvait permettre de surmonter. C'est en partie au regard de cette préconisation que s'est construit le traité établissant une Constitution pour l'Europe, puis l'article 6§2 du TUE tel que prévu par le Traité de Lisbonne³. Malgré les précautions prises pour tenter de satisfaire l'exigence de la Cour de justice, à nouveau sollicitée postérieurement, cette dernière rend à nouveau un avis négatif sur le sujet.

168. Une adhésion à nouveau rejetée par l'avis 2/13 du 18 décembre 2014. Postérieurement à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, des négociations se sont ouvertes le 26 mai 2010 en vue d'aboutir à la création d'un Traité d'adhésion⁴. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, par le biais du Comité directeur pour les droits de l'homme, a élaboré un tel projet avec l'Union européenne, représentée par la Commission. L'accord sur le projet d'adhésion voit ainsi le jour le 5 avril 2013, en prenant en compte la particularité du statut juridique de l'Union au sein d'un seul Traité⁵. Le 4 juillet 2013, la Commission européenne a

¹ CJCE, 28 mars 1996, avis n°2/94.

² Sommaire déc. préc., pt. 6.

³ V. sur ce point §164 et suiv. de la thèse.

⁴ Sur ce sujet, avec le détail des différentes étapes de la négociation, V. not. J. CALLEWAERT, *L'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2013, spéc. p.51.

⁵ La procédure habituelle prévoit que l'adhésion à la CEDH par un État membre du Conseil de l'Europe passe par une signature de la Convention suivie d'une ratification : l'UE n'étant ni un État ni un membre du Conseil de l'Europe, cette voie était fermée. La solution aurait pu être un protocole d'amendement, mais le Traité lui a été préféré parce qu'il permettait d'inclure la totalité des modifications nécessaires (dispositions interprétatives

ensuite saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une demande d'avis sur la compatibilité du projet avec les traités. Cette dernière rend sa décision, très attendue, le 18 décembre 2014¹, en formulant une nouvelle fois un avis négatif qui marque un coup d'arrêt au processus d'adhésion. Les juges strasbourgeois ont opté pour une démarche plutôt défensive, fondée d'abord sur sa volonté de « *préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union* »², mais aussi sur l'incompatibilité avec le droit de l'Union des options techniques retenues par le projet d'accord³. Elle formule aussi sept causes d'incompatibilité⁴, exprimant ainsi son rejet de l'accord en pointant du doigt la totalité des faiblesses qu'elle a détecté. La Cour de justice porte d'abord un regard critique sur la mauvaise articulation entre les articles 53 tant de la Convention⁵ que de la Charte⁶.

Dans un second temps, la Cour évoque le risque de compromission de la confiance mutuelle⁷ entre les États membres⁸, puis dans un troisième les problèmes d'articulation entre la procédure de renvoi préjudiciel de l'article 267 du TFUE et la nouvelle procédure d'avis du Protocole 16 à la CEDH qui peuvent se poser, notamment du point de vue de la protection des spécificités et de l'autonomie du droit de l'Union⁹.

additionnelles, adaptation de la procédure, questions administratives et techniques...) au sein d'un seul et même instrument. Sur ce point, V. J. CALLEWAERT, *op. cit.* p.62.

¹ CJUE, 18 décembre 2014, avis n°2/13.

² Cet impératif est énoncé à plusieurs reprises dans l'avis, V. not. pts. 161, 162, 174, 217, 235, 248.

³ Pour une synthèse de ces deux éléments qui « *vertèbrent l'avis négatif de la Cour* », V. not. H. LABAYLE, F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », CJUE, 18/12/2014, avis n°2/13, *RFDA* 2015, p.3.

⁴ Pour un récapitulatif de chacun des motifs, V. L. USUNIER, « *Requiem for a dream* : la Cour de justice de l'Union européenne se prononce contre l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD Civ.* 2015, p.335, spéc. p.336.

⁵ L'article 53 de la Convention énonce qu'« *aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

⁶ L'article 53 de la Charte est formulé de manière similaire mais plus précise, avec une référence directe à la Convention européenne. Toutefois, avec l'affaire *Melloni* (CJUE, 26 février 2013, n°C-399/11), la Cour avait considéré que, s'agissant d'un mandat d'arrêt européen, les États ne pouvaient refuser d'appliquer le droit de l'Union en se réfugiant derrière un texte national selon eux plus protecteur des droits fondamentaux du justiciable. L'adhésion pourrait ainsi permettre aux États de contourner cette jurisprudence. V. not. pt.189 à pt.190 de l'avis.

⁷ V. sur ce sujet R. TINIÈRE, « *Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Union européenne* », *in* mélanges en l'honneur du Professeur Henri OBERDORFF, LGDJ, 2015, p.71.

⁸ Les États membres sont en effet présumés respecter par principe le droit de l'Union, et notamment les droits fondamentaux qu'il garantit. Mais dans la mesure où des mécanismes de coopération internationale sont prévus au sein de l'Union (en matière de droit d'asile par exemple, ou d'enlèvement d'enfants), et où l'adhésion pourrait aboutir à ce que la CourEDH impose aux États de fournir des garanties du respect des droits fondamentaux (comme elle l'a fait dans un arrêt CEDH, Gr. Ch., 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, n°29217/12), le principe de confiance mutuelle serait par ce biais compromis. V. sur cet aspect pt.191 à pt.195.

⁹ Selon la Cour, « *il n'est pas exclu qu'une demande d'avis consultatif introduite au titre du protocole n° 16 par une juridiction d'un État membre ayant adhéré à ce protocole puisse déclencher la procédure de l'implication préalable de la Cour, créant ainsi un risque de contournement de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, qui [...] constitue la clef de voute du système juridictionnel institué par les traités* » (pt.198, V. pt.196 à pt.200 pour la totalité du raisonnement).

Elle ajoute ensuite que l'adhésion porterait atteinte à l'article 344 du TFUE¹ en ce que la Cour européenne des droits de l'homme pourrait être compétente pour traiter des litiges entre les États membres, ou entre ces derniers et l'Union, notamment lorsqu'ils concernent l'application de la CEDH dans le champ d'application matériel du droit de l'Union².

Les juges luxembourgeois poursuivent dans leur lancée en évoquant un cinquième argument qui tient à la qualité de codéfendeur de l'Union : cette dernière pourrait être retenue, par la Cour européenne, conjointement responsable avec l'État membre défendeur à la procédure, alors que l'application des règles spécifiques de l'Union en la matière est de la compétence exclusive de la Cour de justice. Ainsi, les modalités de fonctionnement du mécanisme du codéfendeur prévues par l'accord « *ne garantissent pas que les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit sont préservées* »³.

Après cela, la Cour de justice dénonce le mécanisme de son implication préalable⁴, qui selon elle ne permet pas de préserver les spécificités du droit de l'Union dans la mesure où la décision prise ne liera pas la Cour européenne, et où cette dernière pourrait s'attribuer la compétence d'interpréter la jurisprudence du juge de l'Union.

Enfin, elle termine en mentionnant le problème qui découle du contrôle des actes et omissions de l'Union européenne en matière de politique étrangère et de sécurité commune (PESC) par la Cour de Strasbourg. En effet, même si le contrôle juridictionnel ne devait se limiter qu'aux droits garantis par la Convention européenne, il n'en demeure pas moins que certains actes ne relèveraient pas du contrôle de la Cour de justice, et seraient donc exclusivement contrôlés par un organe externe à l'Union : cela conduirait à une méconnaissance des caractéristiques spécifiques du droit de l'Union en la matière⁵. Les arguments évoqués contre l'adhésion sont légion, et si certains sont contestables, il n'en demeure pas moins que cette dernière semble désormais compromise, ou à tout le moins très retardée.

169. Une adhésion seulement suspendue ? Sans entrer dans le détail des critiques des arguments de la Cour, il apparaît que certains des problèmes soulevés sont plus surmontables

¹ Qui dispose que « *les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci* ».

² V. not. pt.201 à pt.214.

³ V. pt.215 à pt.235.

⁴ L'implication préalable de la Cour de justice dans les affaires dans lesquelles l'UE est codéfendeur est explicitée aux §65 à 68 des explications relatives au projet d'accord (p.27). L'objectif de la stipulation est de permettre au juge de l'Union, notamment dans les cas où il n'aurait pas nécessairement été saisi et lorsqu'il s'était déjà positionné sur la même question que celle soumise à la CEDH, de se prononcer en amont sur la compatibilité de la disposition contestée avec les droits garantis par la Convention européenne, en application du principe de subsidiarité. V. pts. 236 à 248 de l'avis.

⁵ V. pts. 249 à 257.

que d'autres¹. Certains se poseraient en effet rarement en pratique², d'autres pourraient être aisément résolus³, et enfin il est des problèmes qui se poseraient indépendamment de l'adhésion⁴. Malgré cela, les autres obstacles subsistent, et les solutions pour relancer l'adhésion sont relativement réduites⁵, tant l'avis semble contraindre⁶. Le débat n'est pourtant pas enterré⁷, puisque lors de son discours d'adieu prononcé à la Cour européenne des droits de l'homme⁸, le 16 septembre 2019, le secrétaire général du Conseil de l'Europe a appelé l'Union à adhérer « *dès que possible* » à la Convention européenne des droits de l'homme⁹, évoquant les stipulations du Traité de Lisbonne, et la nécessité de soumettre les instances européennes à un contrôle externe. Ces énonciations faisaient par ailleurs écho à la volonté manifeste du Président de la Commission européenne Jean-Claude JUNCKER, qui considérait dès 2016 que l'Union européenne devait être tenue d'adhérer à la CEDH, comme elle s'y était engagée dans le Traité

¹ Pour un regard critique, V. S. PLATON, « Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi », *RDLF* 2015, chron. n°13.

² C'est le cas de l'incompatibilité de l'accord avec l'article 344 du TFUE : les requêtes interétatiques sont en effet très rares devant la Cour européenne des droits de l'homme.

³ On pense par exemple au risque de contournement de la procédure préjudicielle : un rappel de son caractère obligatoire pourrait suffire (V. en ce sens H. LABAYLE et F. SUDRE, art. préc., §72).

⁴ L'argument des problèmes liés au contrôle des actes pris dans le cadre de la PESC en fait partie, dans la mesure où ils sont déjà contrôlés au premier chef par les États membres, puis par la Cour européenne : même si ses décisions ne s'imposent en principe qu'à l'État en cause, il n'en demeure pas moins que les juges luxembourgeois sont dans cette hypothèse exclus du processus.

⁵ V. not. H. LABAYLE et F. SUDRE, art. préc., §93 et suiv.

⁶ *Ibid.* §102 et suiv.

⁷ Des solutions peuvent en effet être envisagées. V. par ex. E. DUBOUT, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n°9. Il conclut ainsi : « *Nettement impréparée, la première tentative a été rapidement balayée. Davantage pensée, la seconde a poussé les juges de l'Union à un retour réflexif sur ce qui fait le sens de l'intégration européenne et la nature spécifique du fédéralisme dans l'Union [...]. Pour éventuellement réconcilier [les deux systèmes européens de protection des droits fondamentaux] et satisfaire au souhait d'adhésion formulé dans les traités, des évolutions de chacun des systèmes en présence sont nécessaires. [...] Alors, peut-être, la troisième fois serait-elle la bonne* ».

⁸ Cette dernière ayant par ailleurs assez mal accueilli l'avis négatif de la CJUE. Dans l'édition provisoire de son rapport annuel 2014 (V. p.6), le Président Dean Spielmann énonce que « *l'avis contraire de la Cour de justice de l'Union européenne est une grande déception. N'oublions pas cependant que les premières victimes de l'avis 2/13 sont les citoyens qui se voient ainsi privés du droit de soumettre les actes de l'Union européenne au même contrôle externe du respect des droits de l'homme que celui qui s'applique à tous les États membres. Plus que jamais donc, il s'agira pour notre Cour de protéger au mieux les citoyens des effets négatifs de cette situation, dans le cadre des affaires qui lui seront soumises* ».

⁹ Il énonce en effet : « *I also hope that the European Union will move to complete the circle of human rights protection for people within its own member states by ratifying the European Convention as soon as possible. It has now been ten years since the Lisbon Treaty committed the EU to accession. And I am grateful to President Juncker for his support, and for making a proposal to the European Council. That said, I also believe that the process could have been completed by now, and I am disappointed that it has not. Because in the absence of ratification, real problems emerge. Today, it is not possible to hold the European Union to account in situations where it acts contrary to the terms of the European Convention. Consequently, EU agencies are not subject to independent external judicial control. This matters* ». V. le discours à la Cour européenne des droits de l'homme de M. Thorbjorn JAGLAND, Secrétaire général du Conseil de l'Europe, du 16 septembre 2019, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

de Lisbonne¹, et que cette adhésion devait être considérée comme une priorité politique pour la Commission qui travaillera à la recherche d'une solution à l'avis négatif². L'échange sur le sujet se poursuit entre l'Union et le Conseil de l'Europe : lors du Conseil « Justice et affaires intérieures » des 7 et 8 octobre 2019, les ministres ont en effet approuvé des directives afin de préparer la reprise des négociations dans un avenir proche³. Quoi qu'il en soit, à défaut d'adhésion, c'est le principe d'équivalence des protections qui est la voie privilégiée.

B/ La recherche de l'harmonie par le principe d'équivalence des protections

170. Le système communautaire de protection des droits fondamentaux s'applique aux actes nationaux mettant en œuvre le droit de l'Union européenne⁴, qui sont aussi soumis au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme et du juge judiciaire au regard de la Convention de sauvegarde. Il est par conséquent devenu nécessaire pour les juges strasbourgeois de poser les limites de leur contrôle⁵. En effet, contrôler les actes nationaux pris en application du droit de l'Union aboutit à pratiquer un contrôle indirect sur le droit de l'Union lui-même, qui bénéficie de son propre système de garantie des droits fondamentaux. Le principe d'équivalence des protections est dans cette mesure conçu d'abord pour permettre la conjugaison de la protection des droits fondamentaux et de la multiplication des ordres juridiques qui la garantissent (1). Toutefois, il apparaît que sa mise en œuvre n'est pas sans

¹ Selon lui, « *Die Europäische Union ist verpflichtet, dieser Konvention beizutreten – eine Verpflichtung, die in unseren EU-Verträgen festgelegt ist* ». V. le discours au Conseil de l'Europe de M. Jean-Claude JUNCKER, Président de la Commission européenne, du 18 avril 2016, site internet de la Commission européenne.

² Il poursuit en effet en mentionnant : « *Lassen Sie mich klar und deutlich sagen: Dieser Beitritt, der Beitritt zur Konvention ist eine politische Priorität – für die von mir geführte Kommission und für mich persönlich. Wir arbeiten an einer Lösung und wir werden nicht eher ruhen, bis wir eine Lösung gefunden haben* ».

³ À notre connaissance, la réflexion est toujours en cours. Une section est spécialement dédiée à l'adhésion sur le site internet du Conseil de l'Europe, et indique, suite au Brexit, que « *le 15 janvier 2020, les Délégués des Ministres ont approuvé la continuation du mandat occasionnel du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) afin de finaliser en priorité, en coopération avec les représentants de l'Union européenne dans le cadre d'un Groupe ad hoc 47+1 et sur la base des travaux déjà menés, les instruments juridiques établissant les modalités d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (STE n° 5), y compris la participation de celle-ci au système de la Convention, et, dans ce contexte, examiner toute question connexe* ». Une mise à jour récente, au 16 mars 2022, indique d'ailleurs que la Russie ayant été exclue du Conseil de l'Europe avec effet immédiat, les négociations se poursuivront sans elle.

⁴ Pour rappel, nous avons examiné cet aspect §146 et suiv.

⁵ Pour un regard critique sur l'accumulation des catalogues de droits fondamentaux, V. entre autres, J. N. DA CUNHA RODRIGUES, « De l'abondance de droits en temps de crise », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.29, spéc. p.57, qui estime qu'« un effort doit être fait pour éliminer les contradictions et ne pas se laisser piéger par les redondances. Autrement, il ne serait pas exclu pour l'abondance conduite à la pénurie » ; M. de SALVIA, « Balayage informel et critique des tenants et des aboutissants de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Les droits de l'homme en évolution*, mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p.445.

poser des difficultés, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme étant assez fluctuante (2).

1/ La conjugaison de la protection des droits fondamentaux et de la multiplication des ordres juridiques

171. Un principe fermant ou ouvrant le contrôle. C'est dans l'arrêt *Bosphorus* du 30 juin 2005¹ que la Cour européenne des droits de l'homme fixe clairement les limites de sa compétence² pour contrôler les actes nationaux pris en application du droit de l'Union³. Si un État partie à la Convention agit dans le cadre d'une organisation internationale « à laquelle il a transféré une partie de sa souveraineté »⁴ et qui « accorde aux droits fondamentaux [...] une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention »⁵, deux possibilités sont envisageables. Dans la première, l'État « ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation », et dans ce cas « il y a lieu de présumer qu'[il] respecte les exigences de la Convention »⁶ : la Cour se déclare ainsi incompétente par le biais de cette présomption de conformité, et les actes concernés semblent couverts. Elle précise toutefois son caractère réfragable, puisqu'il reste possible de la renverser si, dans l'affaire en cause, peut être établie une « insuffisance manifeste » dans la protection des droits garantis par la Convention. La protection conventionnelle, en pareil cas, devrait primer sur l'intérêt de la coopération internationale en cause⁷. Dans la seconde, l'État bénéficie au contraire d'une

¹ CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande*, n°45036/98.

² Qui avait auparavant été admise, mais moins explicitement. V. CEDH, Gr. Ch., 15 novembre 1996, *Cantoni c/ France*, n°17862/91 dans lequel la Cour énonce que « la circonstance [...] que [la disposition nationale en cause] s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire ne l[']a soustrait pas à l'empire de [...] la Convention » (§30). V. aussi CEDH, Gr. Ch., 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, n°24833, spéc. §60 à 65, où il était question de l'absence d'organisation d'élections au Parlement européen à Gibraltar, la Cour considérant que « dans le cas présent, toutefois, la requérante, en sa qualité de résidente de Gibraltar, s'est vue privée de toute possibilité d'exprimer son opinion sur le choix des membres du Parlement européen. Sa situation n'est pas la même que celle d'une personne qui ne peut participer à des élections au motif qu'elle réside en dehors du ressort concerné : pareille personne peut passer pour avoir affaibli le lien existant entre elle et ledit ressort » (§64) et conclut ensuite à la violation de l'article 3 du protocole 1. La protection n'avait donc pas été jugée équivalente dans ce cas.

³ V. pour une explication détaillée de la compétence *rationae materiae* de la Cour européenne des droits de l'homme, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 13^e édition, 2016, §211 et suiv.

⁴ CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus*, déc. préc. §154.

⁵ *Ibid.*, §155. Il est par ailleurs précisé que « par "équivalente", la Cour entend "comparable" : toute exigence de protection "identique" de la part de l'organisation concernée pourrait aller à l'encontre de l'intérêt de la coopération internationale poursuivi ».

⁶ *Ibid.*, § 156.

⁷ *Ibid.* La Cour rappelle d'ailleurs, dans la droite ligne de l'affaire *Loizidou* (CEDH, Gr. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, n°15318/89, §75), que « dans un tel cas, le rôle de la Convention en tant qu'« instrument

certaine marge d'appréciation et peut par conséquent engager sa responsabilité si une violation des droits contenus dans la Convention est constatée¹. Par conséquent, l'incompétence ainsi constatée confère à la Cour de justice de l'Union le monopole du contrôle des actes fermés au contrôle des juges de la Convention, qui peuvent néanmoins mobiliser les droits issus du droit de l'Union.

172. La valorisation du contrôle de la Cour de justice. Le fait de fermer de nombreux actes nationaux pris en application du droit de l'Union européenne aux contrôles des juges de la Convention les laisse en principe soumis au seul contrôle de la Cour de justice. Toutefois, si l'équivalence peut aisément se justifier d'un point de vue matériel, il n'en demeure pas moins que d'un point de vue procédural la situation n'est pas similaire. En effet, l'équivalence du point de vue du contenu des sources de droits fondamentaux n'implique pas une similitude dans les conditions de saisine du juge de l'Union et des juges de la Convention, ces dernières pouvant très largement différer². La Cour européenne fait en grande partie reposer la théorie de l'équivalence sur le mécanisme du renvoi préjudiciel. Cela a en effet clairement été explicité dans l'affaire *Michaud*³, dans laquelle les juges du Palais des droits de l'homme ont considéré qu'ils pouvaient exercer leur contrôle parce que le juge interne avait « *écarté la demande du requérant tendant à ce que la Cour de justice soit saisie à titre préjudiciel* »⁴. Cela leur avait ensuite permis de conclure qu'« *au regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer* »⁵. L'immunité des actes repose ainsi en grande partie sur la saisine préalable de la Cour de justice, ce qui permet ainsi de « *consolider son office* »⁶. Par conséquent, l'ouverture à un contrôle des actes rendus en application du droit de l'Union est assez limitée. En effet, le principe d'équivalence permet

constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme l'emporterait sur l'intérêt de la coopération internationale ».

¹ *Ibid.*, §157. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire *MSS c/ Belgique et Grèce* (CEDH, Gr. Ch., 21 janvier 2011, n°30696/09) où il était question du règlement Dublin relatif aux demandes d'asiles, qui prévoyait que « *chaque Etat membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement* » (§339). Par conséquent, une certaine marge d'appréciation au profit des États, ce qui a permis à la Cour de considérer que « *la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce* » (§340).

² On a pu le mentionner, les particuliers ne peuvent saisir semblablement la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme.

³ CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, n°12323/11.

⁴ Déc. préc. §114. Elle procède en partie par comparaison avec l'affaire *Bosphorus*, dans laquelle « *le mécanisme de contrôle prévu par le droit de l'Union européenne était pleinement entré en jeu* ».

⁵ *Ibid.*, §115.

⁶ F. SUDRE, *op. cit.* p.334, §214. Dans le même sens, V. C. PICHERAL, « Cour européenne des droits de l'homme – L'application revisitée de la présomption de protection équivalente », CEDH, 06/12/2012, *Michaud c/ France*, n°12323/11, *JCP G* 2013, com. 188.

d'atténuer la possibilité de divergences d'appréciation entre protection des droits fondamentaux issus du droit de l'Union et ceux issus de la Convention, par la restriction du contrôle aux seuls actes pour lesquels les États bénéficient d'une marge d'appréciation, ou lorsqu'une insuffisance manifeste est constatée. Pour les autres actes, le juge judiciaire serait le seul à même d'exercer un contrôle de l'application des lois, mais fondé uniquement sur des droits d'origine communautaire, sans que la Cour de justice ne soit en capacité de l'exercer elle-même. En l'état actuel de la jurisprudence judiciaire, qui fonde pour l'instant le contrôle de l'application des lois davantage sur les droits de la Convention, la possibilité reste ouverte mais n'est pour l'instant que peu exploitée¹. Il faut de surcroît noter que cette insuffisance se cumule avec le fait que la mise en œuvre du principe d'équivalence est assez peu lisible.

2/ Une mise en œuvre peu lisible

173. Les risques d'instrumentalisation de la marge nationale d'appréciation. Comme cela vient d'être mentionné, l'une des conditions de mise en œuvre du principe de protection équivalente est l'existence ou non d'une marge d'appréciation laissée à l'État dans l'exécution des obligations qui découlent de son appartenance à l'organisation internationale. Ce critère, même s'il s'applique de façon différente et qu'il suit une autre logique, n'est pas sans rappeler celui utilisé depuis de nombreuses années par la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier l'absence de violation de la Convention par un État, liée à l'absence de consensus et au principe de subsidiarité². Une critique similaire peut ainsi être émise à l'égard de cette condition, qui permet d'ouvrir ou non le contrôle des actes d'un État pris en application d'une norme issue de l'Union européenne. En effet, la lisibilité du contrôle de la Cour est en la matière assez limitée, si bien qu'il n'est pas déraisonnable de penser qu'il en sera de même s'agissant de l'appréciation de la marge d'appréciation laissée à l'État pour appliquer le droit de l'Union, qu'elle résulte de la transposition d'une directive ou de l'application d'un règlement. Les risques d'instrumentalisation par la Cour ne sont ainsi pas à négliger, cette dernière pouvant préférer préserver la coopération internationale plutôt que la protection des droits de l'homme³. Il est d'ailleurs d'ores et déjà possible de constater cela à l'échelon du système des Nations-

¹ Nous aborderons plus en détail cette question *infra*.

² Cette question sera abordée plus en détail *infra*, v. §330 de la thèse.

³ V. en ce sens, R. TINIÈRE, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *RDLF* 2017, chron. n°17.

Unies¹. En outre, le caractère abstrait du contrôle de l'équivalence, même une fois la marge nationale d'appréciation constatée, est aussi une autre limite sur laquelle il convient de s'arrêter.

174. Des limites tenant au caractère abstrait du contrôle de l'équivalence. Comme le souligne le Professeur PICHERAL, outre des insuffisances d'ordre procédural², le contrôle de l'équivalence semble « *bridé par l'existence d'une indubitable communauté de valeur* », si bien que la présomption de protection équivalente peut aboutir à une forme de quasi-immunité au profit des actes des États membres. En effet, le postulat d'une « équivalence » peut sembler biaisé tant il est apprécié abstraitement³, et le renversement de la présomption en cas « d'insuffisance manifeste de protection » n'apparaît que faussement concret⁴. Malgré la décision *Michaud*, peu de cas où l'insuffisance est caractérisée sont constatés. Dans certaines affaires, il est possible de regretter que la Cour européenne ne fasse pas preuve de davantage de fermeté pour l'appliquer. C'est le cas dans l'affaire *Avotins*⁵, où il était question de l'allégation d'une violation des droits de la défense du requérant à la suite de l'exécution d'une décision de justice étrangère qui le condamnait au paiement d'une dette contractuelle, en application du règlement Bruxelles I⁶. Après avoir estimé « *entièrement légitimes au regard de la Convention, dans leur principe, la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice en Europe et l'adoption des moyens nécessaires à cette fin* » (§113), elle affirme qu'« *en revanche, les modalités de la création de cet espace ne peuvent se heurter aux droits fondamentaux des personnes concernées par les mécanismes ainsi mis en place* » (§114). Or, dans la mesure où les États membres de l'Union et parties à la Convention sont tenus

¹ Dans un arrêt *Al-Dulimi* (CEDH, Gr. Ch., 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana management Inc. c/ Suisse*, n°5809/08) la Cour pose en effet une présomption d'interprétation conforme des résolutions du Conseil de sécurité aux droits contenus dans la Convention, en ne posant comme seule exception l'existence d'une « formule claire et précise » en sens contraire (§140). Même si l'immunité juridictionnelle n'est pas accordée aux actes mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité du fait de l'absence d'organe juridictionnel adéquat de ce système pour les contrôler, il n'en demeure pas moins que du point de vue des sources, une présomption de compatibilité est clairement posée, en vue d'esquiver toute possibilité de conflit de norme, et ce de manière assez artificielle. V. F. SUDRE, *op. cit.*, p.337, §215.

² V. C. PICHERAL, « Le mode d'ajustement de la Cour européenne des droits de l'homme au droit communautaire, Mérites et limites de la théorie de l'équivalence », in C. PICHERAL, L. COUTRON (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, actes de colloque du 21 octobre 2011 organisé par l'IDEDH, Bruylant, 2012, p.69, spéc. p.76. V. aussi, Ch. MAUBERNARD, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme, l'équivalence procédurale », *RAE* 2006/1, p.65, spéc. p.74.

³ La Professeure PICHERAL estime d'ailleurs que « *l'abstraction se ressent donc à la fois dans l'objet de l'examen (un système appréhendé de manière générale), dans sa finalité (l'évaluation d'un niveau global de protection) et dans son intensité (maintenue à des aspects théoriques et de principe)* ». Art. préc. p.78.

⁴ Au sens d'un contrôle apprécié au regard de la situation particulière d'un État.

⁵ CEDH, Gr. Ch., 23 mai 2016, *Avotins c/ Lettonie*, n°17502/07.

⁶ Le règlement est fondé sur des mécanismes de reconnaissance mutuelle des décisions civiles et pénales, qui s'appuient notamment sur le principe de reconnaissance mutuelle entre les États membres de l'Union.

d'appliquer le règlement, qu'ils présument le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, et enfin en l'absence de pouvoir national d'appréciation, « *la Cour souligne qu'ainsi, de façon paradoxale, le contrôle du juge sur le respect des droits fondamentaux est doublement limité par l'effet conjugué de la présomption sur laquelle repose la reconnaissance mutuelle et de la présomption Bosphorus* » (§115). Elle termine ensuite en exprimant que cette double présomption ne doit s'appliquer que si une insuffisance manifeste de protection n'est pas alléguée par « *un grief sérieux et étayé* » (116). Vérifiant dans le cas d'espèce si une telle situation pouvait être identifiée, et semblant l'admettre en creux, elle en conclut malgré cela que l'insuffisance manifeste susceptible de renverser la présomption *Bosphorus* n'est pas caractérisée, « *même si cette défaillance est regrettable* » (§121). Comme le souligne la Professeure MILANO, la Cour « *fait peser la responsabilité de cette défaillance sur le requérant qui aurait dû s'enquérir des voies de recours disponibles et conclut à la non-violation de l'article 6§1, ratant l'occasion de rappeler que les spécificités de l'Union ne peuvent primer sur la protection effective des droits fondamentaux* »¹. L'exercice par le juge judiciaire d'un contrôle sur une norme prise en application du droit de l'union, sans que l'État ne dispose de marge d'appréciation, est ainsi d'autant plus limité que l'insuffisance manifeste de protection sera très rarement caractérisée. En effet, elle ne l'est en général pas au regard du droit en cause, mais est appréciée au regard du système européen de protection des droits fondamentaux, c'est-à-dire abstraitement². La volonté d'éviter les divergences d'interprétation dans la protection des droits fondamentaux entre les différents systèmes pourrait, au contraire, la brider. Cette affirmation est confortée par le fait que la définition même de l'équivalence varie en fonction de la juridiction qui l'apprécie³, ce qui fait dire au Professeur TINIÈRE que cela illustre « *à la fois les difficultés qu'il y a à trouver le juste équilibre entre protection des droits fondamentaux et préservation de la coopération internationale, et la crainte de voir se déployer un mécanisme à géométrie variable avec autant d'applications possibles que de configurations différentes* »⁴. Il semble toutefois qu'elle puisse plus récemment être admise.

¹ V. L. MILANO, « Protection équivalente, une occasion manquée », *JCP G* 2016, comm. 691.

² V. dans ce sens, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « À qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe ? », in B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.39, spéc. p.53 et suiv.

³ Par exemple, contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme et à la CJUE, le Conseil d'État semble retenir une appréciation de l'équivalence au regard du seul droit en cause, et non au regard de l'ensemble du système de protection des droits fondamentaux (V. par ex. CE, 3 octobre 2016, *Confédération paysanne*, n°388649).

⁴ V. R. TINIÈRE, art. préc.

175. Le renversement de la présomption *Bosphorus* : l'exemple isolé d'une concrétisation. Si l'équivalence est perçue par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union selon une approche structurelle, et selon une approche normative par le Conseil d'État, la Cour de Cassation semble opter pour l'approche des juges européens. Par exemple, dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 12 juillet 2016¹, la théorie est appliquée de manière explicite. Il s'agissait de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Un homme, condamné en Roumanie pour des faits d'infractions sexuelles sur mineur, avait été arrêté en France et ne consentait pas à sa remise aux autorités roumaines. Il se prévaut de son droit au procès équitable, la Cour rappelant que « *le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel est fondé le système du mandat d'arrêt européen repose lui-même sur la confiance réciproque entre les Etats membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la Charte* », et tente de faire jouer la présence de circonstances exceptionnelles² qui limitent le principe de reconnaissance et de confiance mutuelle pour que éviter l'exécution du mandat d'arrêt européen. La chambre criminelle confirme la décision de la chambre de l'instruction et estime que « *n'était pas démontrée l'existence de défaillances systémiques ou généralisées [...] de nature à faire exception au régime général d'automaticité des remises du mandat d'arrêt européen en raison d'une insuffisance de la protection des droits fondamentaux dans ce dernier, de sorte qu'elle n'avait pas à procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes* ». La Cour de Cassation semble ainsi opter pour une approche structurelle, tout comme ses homologues européens.

L'exemple pourrait paraître anecdotique, mais il a fait l'objet de la seule condamnation – à notre connaissance – par la Cour européenne des droits de l'homme³. Dans la décision *Bilovaru et Moldovan* du 25 mars 2021⁴, après avoir admis l'application de la présomption équivalente⁵, le

¹ Crim., 12 juillet 2016, n°16-84.000.

² Le prévenu se prévalait de son appartenance à un mouvement religieux qui aurait justifié son arrestation, dénonçant ainsi une discrimination.

³ Pour une bonne synthèse, V. L. ROBERT, « La présomption *Bosphorus* à l'épreuve du mandat d'arrêt européen », *Rev. UE* 2021, p.519.

⁴ CEDH, 25 mars 2021, *Bilovaru et Moldovan c/ France*, n°40324/16 12623/17.

⁵ Déc. préc., §116 pour l'affaire *Moldovan* seulement. En revanche, elle n'applique pas la présomption dans l'affaire *Bilovaru*, « *du fait du choix de la Cour de cassation de ne pas procéder au renvoi à la CJUE, celle-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités. Au regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer* » (§131), et confirme par là l'arrêt *Michaud* et le rôle essentiel du renvoi préjudiciel. Cela lui permet d'exercer directement son contrôle en vue de déterminer s'il existait un risque réel que l'exécution du mandat d'arrêt européen expose le requérant à des traitements inhumains et dégradants (§133). Elle finit par en conclure que les éléments de faits

juge européen la renverse et estime que « *l'autorité judiciaire d'exécution disposait de bases factuelles suffisamment solides, provenant en particulier de sa propre jurisprudence [...], pour caractériser l'existence d'un risque réel que le requérant soit exposé à des traitements inhumains et dégradants en raison de ses conditions de détention en Roumanie et ne pouvait dès lors s'en remettre exclusivement aux déclarations des autorités roumaines [...]. Elle en déduit, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'existence d'une insuffisance manifeste de protection des droits fondamentaux de nature à renverser la présomption de protection équivalente. Partant, elle constate la violation de l'article 3 de la Convention* »¹. Une telle décision nous paraît renouveler l'intérêt d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où « *le risque d'atteinte au monopole de la Cour de justice quant à l'interprétation du droit de l'Union, invoqué pour refuser l'adhésion, existe indépendamment de celle-ci et pourrait au contraire être atténué si l'Union devenait partie à la Convention* »². Malgré la complexité des interactions entre les ordres juridiques communautaires et européens, les différences de sources et de nature des contrôles entre juge judiciaire et juge européen fondent leur complémentarité.

II. La complémentarité des contrôles différenciés

176. Les contrôles sont différenciés tant dans les normes de références respectivement mobilisées par le juge judiciaire et la Cour de justice, que par la nature de leur contrôle respectif. D'abord, la mobilisation simultanée par le juge judiciaire de sources multiples qu'il estime analogue permet de résoudre la première difficulté (A). Ensuite, les différences de nature des contrôles exercés se répartissent entre juge de l'Union et juge national, et deviennent ainsi complémentaires (B).

fournis par le requérant, qui n'avait pas suffisamment étayé ni étayé la description des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires roumains, ne permettait pas aux autorités judiciaires d'exécution françaises de caractériser une violation de l'article 3 de la Convention européenne (§141 et §145), pour finalement conclure à l'absence de violation (§146).

¹ Déc. préc., §126.

² L. ROBERT, art. préc.

A/ Le cumul par le juge judiciaire de sources multiples

177. La citation croissante de la Charte des droits fondamentaux. Si l'on part du postulat que la garantie équivalente de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne ne repose pas seulement sur une équivalence des sources de droits fondamentaux, mais aussi sur la nature du contrôle exercé par le juge chargé d'en assurer l'effectivité, il serait assez naturel de permettre au juge judiciaire d'effectuer un contrôle de l'application des droits fondamentaux au regard des droits d'origine communautaire. Cela est d'autant plus possible qu'il est chargé d'une « *mission de mise en œuvre du droit de l'Union, en tant que juge de « droit commun » de l'ordre juridique de l'Union* » selon les termes de la Cour de justice¹. Cette dernière précise d'ailleurs, dans la lignée de l'affaire *Simmenthal*², qu'« *il ressort d'une jurisprudence constante que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, l'obligation [...] de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle du droit de l'Union* »³. Une telle solution a d'ailleurs été encore davantage explicitée dans la célèbre décision *La quadrature du net* de la Cour de justice, en matière procédurale⁴. Le juge judiciaire peut donc effectuer son contrôle tant du contenu des lois que de leur application non plus au regard des seuls droits contenus dans la Convention, mais dans le corpus de droits fondamentaux consacrés en droit

¹ V. CJUE, avis du 8 mars 2011, n°1/09, pt. 80 ; *Europe* 2011, étude 5, D. SIMON.

² CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal*, n°C-106/77. La Cour de justice estimait en effet que l'applicabilité directe « *signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité* » (pt. 14), et « *que cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a [...] pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire* » (pt. 16). Cela impose donc au juge d'écarter la disposition contraire à un droit d'origine communautaire (pt. 17). V. dans le même sens, CJCE, 19 juin 1990, *The Queen c/ Secretary of State for Transport*, n°C-213/89.

³ CJUE, 6 septembre 2012, *The commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs c/ Philips Electronics UK Ltd*, n°C-18/11, pt. 3. V. aussi, dans les mêmes termes, CJUE, 24 juin 2011, *projektart Errichtungsgesellschaft mbH e.a.*, n°C-476/10, pt. 48 ; CJUE, Gr. Ch., 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH c/ Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, n°C-409/06, pt. 55.

⁴ , CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net*, aff. C-511/18, C-512/18, C-520/18. La cour estime en effet qu'« *il est de jurisprudence constante que, en l'absence de règles de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre, en vertu du principe d'autonomie procédurale, de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité)* » (pt.223). Ce « *principe d'équivalence* » qui concerne les rapports entre droit de l'Union et droit interne – et non entre droit de l'Union et droit du Conseil de l'Europe, comme c'est le cas s'agissant de l'équivalence des protections précitée – est d'ailleurs mobilisé par la Cour de cassation. V. par exemple, Com, 9 juillet 2013, 12-24.551 ; 3 juin 2014, 13-16.744 ; Crim., 5 avril 2018, 16-87.169 et n° 16-87.199 ; Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2020, n°18-19.241.

de l'Union. Il peut ainsi écarter une norme dont il estime l'application contraire à un droit fondamental contenu dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au seul cas d'espèce considéré, tout comme il le fait depuis 2013 s'agissant des droits issus de la Convention. L'état actuel de la jurisprudence judiciaire montre que l'invocation de la Charte européenne des droits fondamentaux croît au fil des années. La connaissance par le justiciable et les praticiens de cet outil semble être un facteur déterminant. La lecture des différents rapports rendus par la Commission européenne ou l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA)¹ confirme l'existence d'un meilleur enracinement de la Charte dans les pays européens. En effet, le nombre de fois où la Charte est mobilisée au sein de questions préjudicielles a été multiplié par quatre entre 2010 et 2018², et les juridictions nationales semblent de plus en plus souvent y faire référence³. La commission européenne a d'ailleurs clairement manifesté sa volonté d'en faire un instrument essentiel. Dans une communication rendue fin 2020, elle conclut que « *le caractère contraignant de la Charte a permis à l'ordre juridique de l'UE de devenir un guide pour la protection des droits fondamentaux. L'ordre juridique de l'UE est l'incarnation des droits et des valeurs de l'UE - un symbole de l'identité européenne. Il a conduit à une interprétation plus cohérente et plus complète des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'UE* »⁴. Elle y mentionne d'ailleurs le devoir pour les États membres d'en faire un véritable « instrument vivant », ce qui n'est pas sans rappeler les préconisations de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de la Convention européenne. Certes assez peu mobilisée, comparativement à cette dernière, la Charte demeure un instrument à la disposition du juge national⁵. Dans la plupart des affaires, le parti est plutôt pris de mobiliser simultanément une pluralité de droits fondamentaux, la Charte n'étant citée qu'incidemment.

¹ V. par exemple le rapport sur les droits fondamentaux 2018, avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la FRA.

² V. le rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne, spéc. p.12. V. aussi les rapports de 2011 à 2017 pour une vision plus détaillée, ainsi que les rapports annuels de la FRA sur ce même thème.

³ *Ibid.* p.13-14.

⁴ V. la communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, au sujet d'une stratégie visant à renforcer l'application de la Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne, 2 décembre 2020, site internet de la commission européenne, p.23.

⁵ Pour des synthèses de la mobilisation de la Charte en droit pénal et en droit civil, v. respectivement, J. PORTIER, « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union en droit pénal : difficultés et opportunités d'une jurisprudence encore en construction », *RDLF* 2022, chron. n°50 ; et L. PAILLER, « Application et potentialités de la Charte des droits fondamentaux en droit civil – Aspects substantiels », *RDLF* 2022, chron. n°49.

178. Le cumul fréquent par le juge judiciaire de plusieurs sources. Les décisions dans lesquelles la Cour de cassation mobilise, en réponse aux arguments du demandeur visant à exercer un contrôle de la norme mettant en œuvre le droit de l'Union, plusieurs sources simultanées de droits fondamentaux sont fréquentes. En cas de cumul, il n'est d'ailleurs pas rare de voir le fondement de la Charte joint à d'autres fondements communautaires. En effet, la difficulté est que la Charte est aussi une source d'inspiration des actes juridiques de l'Union : elle sert de fondement à certaines directives. Elle peut de surcroît être cumulée avec d'autres fondements conventionnels, Convention européenne en tête. Cela peut conduire à distinguer trois figures du contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité des normes mettant en œuvre le droit de l'Union avec les droits fondamentaux, que nous apprécierons de la plus légère à la plus lourde.

S'agissant de la première figure, la Cour de cassation peut cumuler seulement la Charte et la Convention européenne. Dans ce cas, les droits invoqués sont très souvent analogues, et les droits issus de l'Union européenne ne sont qu'une source supplémentaire mobilisée en renfort des droits traditionnellement invoqués avant leur proclamation¹.

S'agissant de la deuxième figure, le juge judiciaire peut cumuler Convention européenne, directive et Charte. La chambre criminelle a par exemple estimé que « *l'article 7, § 1, de la directive du 22 mai 2012, dont le préambule précise qu'elle s'appuie sur les droits énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en développant les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme tels qu'ils sont interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme* » pour considérer que la transposition de ladite directive est complète².

S'agissant, enfin, de la troisième figure, la norme mettant en œuvre le droit de l'Union peut être contrôlée par le juge judiciaire à la fois au regard de la Convention européenne, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et d'autres traités internationaux. Par exemple, la deuxième chambre civile a pu estimer que « *les dispositions législatives et réglementaires [...] ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et ne méconnaissent ni les stipulations de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni celles de l'article 24, 1° et 2° de la Charte des droits*

¹ Par exemple, pour l'invocation cumulative de l'article 7 de la Convention européenne et 49 de la Charte, V. Crim., 20 mai 2015, n°13-88.069 ; s'agissant de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel et l'article 17 de la Charte, V. Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-19.975.

², V. Crim., 4 octobre 2016, n°16-82.309. Pour d'autres exemples, V. Crim., 9 avril 2015, n°14-87.661 et n°14-87.660 ; 8 juillet 2015, n°15-81.731 ; 3 mai 2018, n°17-81.708.

fondamentaux de l'Union européenne »¹ : dans ces cas, il s'agit d'examiner le moyen pris de la violation des droits contenus dans les traité de façon cumulative, sans les distinguer formellement². Enfin, dans de plus rares cas, le droit de l'Union peut être la seule source de droit fondamentaux invoquée.

179. La mobilisation ciblée du fondement communautaire. Le juge judiciaire peut aussi accueillir le fondement communautaire en tant que seule source de droit conféré au justiciable. Il faut toutefois que l'applicabilité directe des droits supplémentaires qu'il comporte ne soit pas contestée³. Toutefois, les potentialités sont réelles s'agissant des droits

¹ Civ. 2^{ème}, 10 octobre 2013, n°12-22.507. V. aussi par exemple, Soc., 14 avril 2010, n°09-60.426, et n°09-60.429, où sont citées cumulativement les articles 11 de la CEDH, 4 de la Convention n°98 de l'OIT, 5 de la Convention n°135 de l'OIT, 5 et 6 de la Charte sociale européenne et enfin 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. V. aussi, Soc., 13 février 2019, n°18-11.720 (19 arrêts), dans laquelle la Cour énonce « *qu'il résulte tant de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'effet direct (CJUE, 17 avril 2018, Egenberger, C-414/16), que de l'article 23 de ladite Charte, que, dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, est interdite toute discrimination fondée sur le sexe ; que les dispositions du code du travail relatives aux modalités d'élection des représentants du personnel mettent en oeuvre, au sens de l'article 51 de la charte, les dispositions de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil* ». Elle ajoute ensuite « *qu'il résulte de la combinaison des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que toute discrimination entre les sexes en matière de conditions de travail est prohibée* » et « *qu'aux termes de l'article 1er de la convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination, ratifiée par la France le 28 mai 1981, toute distinction, exclusion ou préférence fondée notamment sur le sexe, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, est interdite* ». Elle conclut enfin que « *les dispositions en cause ne constituent pas une atteinte disproportionnée au principe de la liberté syndicale reconnu par les textes européens et internationaux visés au moyen et procédent à une nécessaire et équilibrée conciliation avec le droit fondamental à l'égalité entre les sexes instauré par les dispositions de droit européen et international précitées* ». Les sources multiples de droits fondamentaux sont donc mobilisées. Auparavant, s'agissant d'une rupture d'égalité devant la loi, V. Soc., 14 décembre 2011, n°10-18.699. V. aussi, Crim., 20 novembre 2013, n°12-85.185, dans laquelle la Cour conclut que les « *dispositions de l'article 469, alinéa 4, du code de procédure pénale, issues de la loi du 9 mars 2004 et entrées en vigueur le 1er octobre 2004, qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions conventionnelles invoquées* », qui étaient l'article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, 6 et 13 de la Convention européenne et 47 de la Charte des droits fondamentaux.

² Toutefois, il peut arriver que ce soit le cas, du moins en partie. Par exemple, la criminelle a pu distinguer formellement d'une part « *l'interdiction d'une double condamnation en raison de mêmes faits, prévue par l'article 4 du protocole n° 7, additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme* » et d'autre part « *l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux [qui] n'a pas en lui-même pour effet d'interdire par principe tout cumul entre des sanctions fiscales et pénales* », sans précision supplémentaire s'agissant de l'article 14§7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Crim., 22 février 2017, n°14-82.526). V. aussi, dans le même ordre d'idée, Crim., 22 janvier 2014, n°12-83.579. Pour un autre exemple, V., Soc., 23 mars 2011, n°10-60.185, dans lequel la Cour mentionne que « *si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les Etats demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 135 de l'OIT* », qui confirme Soc., 1^{er} décembre 2010, n°10-60.117 et 14 avril 2010, n°09-60.426 et n°09-60.429.

³ V. par exemple et parmi beaucoup d'autres, Soc., 9 juillet 2014, n°11-21.609 et n°13-60.267, n°13-60.268, s'agissant de l'article 27 de la Charte, suivant une décision de la Cour de justice, la Cour de cassation estime que « *l'article L. 1111-3 du code du travail, quoique incompatible avec le droit de l'Union, ne pouvait être écartée par le juge judiciaire dans un litige entre particuliers au titre de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* » dans la mesure où « *cet article de la charte ne peut pas être invoqué dans un litige entre*

économiques¹ et sociaux², ou encore en droit de la consommation³, même si le fondement de la Charte est fréquemment cumulé avec celui des directives, ces dernières étant d'ailleurs parfois mobilisées seules. La matière fiscale peut aussi faire l'objet d'un contrôle au regard du droit de l'Union⁴. Elles le sont aussi en matière de droit à la protection des données personnelles⁵, les dispositions communautaires étant d'ailleurs mobilisées par la chambre criminelle.

Il nous faut citer un arrêt du 12 juillet 2022⁶, qui peut sans conteste être qualifié d'emblématique. Rendu à la lumière des décisions antérieures de la Cour de cassation⁷, d'une décision du Conseil d'État⁸, du Conseil constitutionnel⁹, et de celles de la Cour de justice de l'Union¹⁰, elle témoigne une nouvelle fois de sa volonté d'assurer une cohérence de sa jurisprudence, sur le fondement communautaire cette fois. Elle y pratique un contrôle du

particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale ». Sur l'absence de valeur contraignante de la Charte avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, V. Com., 29 mars 2011, n°10-30.001.

¹ Pour un exemple en matière de prescription spéciale prévue par l'article L6422-5 du Code des transports, écartée au profit du droit communautaire plus protecteur, V. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n°17-15.378. V. aussi, s'agissant de l'interdiction de discriminations tarifaires des fournisseurs d'électricité, Com., 16 mars 2022, n°20-16.257.

² V., notamment pour l'article 7 de la directive 2003/88/CE et l'article 31§2 de la Charte des droits fondamentaux, Soc. 2 mars 2022, n°20-22.214. V. aussi, pour une interprétation conforme – qui traduit l'exercice d'un contrôle indirect du contenu – de l'article L3121-35 alinéa 1^{er} du Code du travail à la lumière d'une directive, Soc., 26 janvier 2022, n°20-21.636. Pour des exemples de contrôle du contenu de conventions collectives, V. Soc., 13 octobre 2021, 19-20.561 ; 16 juin 2021, 19-20.582 ; 24 mars 2021, 19-12.208 ; 10 mars 2021, 19-17.672 ; 21 octobre 2020, 18-24.668 ; 30 septembre 2020, 18-24.956 ; 6 novembre 2019, 18-19.752 ; 18 septembre 2019, 18-11.277 ; 13 juin 2018, 17-14.589 ; 17 janvier 2018, 16-15.124 ; 8 novembre 2017, 15-22.758 ; 2 avril 2014, 12-22.054 ; 29 juin 2011, 09-71.107. À noter que lorsqu'il s'agit du droit à la santé et au repos, le fondement constitutionnel est très souvent mobilisé, au titre de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

³ Pour écarter l'application d'une clause compromissive auprès d'un consommateur, la première chambre civile se fonde par exemple sur une directive, V. Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2020, n°18-19.241 ; ou encore pour écarter une prescription quinquennale d'une action tendant à voir réputer une clause abusive non écrite, Civ. 1^{ère}, 30 mars 2022, n°19-22.074.

⁴ V., par exemple, Com., 3 juin 2014, n°13-16.744, n°13-18.881 et n°13-14.402 ; et en matière douanière, Com., 24 juin 2020, n°18-10.535.

⁵ Pour un exemple, suite à un refus de déréférencement sur un moteur de recherche internet de publications d'une condamnation pénale, V. Civ. 1^{ère}, 27 novembre 2019, n°18-14.675.

⁶ Crim., 12 juillet 2022, n°21-83.710.

⁷ V. not. § Elle cite notamment un arrêt du même jour, n°20-86.652, mais aussi des arrêts antérieurs, Crim., 7 septembre 2021, n°21-80.642 (citée aux §49 et 53) ; Crim., 6 février 2018, n°17-84.380 (citée au §52) ; Crim., 8 juillet 2015, n°15-81.731 (citée au §55) ou encore Crim., 7 décembre 2021, n°20-82.733 (citée au §56). Elle procède en effet comme dans les arrêts que nous avons mentionnés précédemment en matière de vol de portraits, ce qui témoigne une nouvelle fois de la volonté d'assurer une réelle cohérence dans le contrôle de la loi qu'elle pratique. V. §53 de la thèse.

⁸ V. déc. préc., §31, citant, CE, 21 avril 2021, *French Data Network*, n° 393099, point 58.

⁹ V. déc. préc., §6, citant une décision QPC du 25 février 2022, n°2021-976/977 QPC. Cela illustre la bonne articulation avec les décisions du Conseil constitutionnel, qui sera abordée *infra*.

¹⁰ Citant bien évidemment à de nombreuses reprises une décision fondatrice en la matière, CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net*, aff. C-511/18, C-512/18, C-520/18 (citée aux §15, 16, 29, 32, 44, 45, 50) ; mais aussi CJUE, 5 avril 2022, *Commissioner of An Garda Siochana*, aff. C-140/20 (citée aux §17, 20, 40, 51) ; ou encore CJUE, 2 mars 2021, *H.K./Prokuratuur*, aff. C-746/18 (citée aux §39, 40, et 51).

contenu du texte au regard notamment de l'article 15§1, de la directive du 12 juillet 2002¹, lu à la lumière des articles 7, 8 et 11, ainsi que de l'article 52§1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle en conclut ainsi, pratiquant un contrôle direct du contenu de la norme, que « *l'obligation faite aux opérateurs de télécommunications électroniques de conserver de façon généralisée et indifférenciée aux fins de sauvegarde de la sécurité nationale les données de connexion énumérées à l'article R. 10-13 du code [des postes et communications électroniques], qui ont fait l'objet des réquisitions litigieuses, était conforme au droit de l'Union* » (§30). Ensuite, elle examine la conservation rapide des données, et conclut « *que les dispositions précitées combinées peuvent être interprétées de façon conforme au droit de l'Union comme permettant, pour la lutte contre la criminalité grave, en vue de l'élucidation d'une infraction déterminée, la conservation rapide des données de connexion stockées, même conservées aux fins de sauvegarde de la sécurité nationale* » (§36). En revanche, s'agissant du contrôle préalable de l'accès aux données, elle estime que « *les articles 60-1, 60-2, 77-1-1 et 77-1-2 du code de procédure pénale sont contraires au droit de l'Union uniquement en ce qu'ils ne prévoient pas un contrôle préalable par une juridiction ou une entité administrative indépendante* » (§42) pour ensuite cibler le juge d'instruction comme organe approprié pour remplir ce rôle (§43). L'irrégularité constatée n'entraîne cependant pas de conséquences, dans la mesure où le prévenu ou la personne mise en examen avait la possibilité de saisir ce dernier afin de contester les preuves issues du recueil de données (§47).

Au sein de cette même décision, elle semble pratiquer ensuite un contrôle de l'application du texte, mais qui quant à lui est fondé sur l'atteinte à la vie privée, qui dépasse ainsi le seul fondement communautaire. En effet, elle mentionne qu' « *il appartient, dès lors, à la chambre de l'instruction de s'assurer du respect des quatre premières conditions énoncées au paragraphe 39 et notamment de ce que, d'une part, l'accès a porté sur des données régulièrement conservées, d'autre part, la ou les catégories de données visées, ainsi que la durée pour laquelle l'accès à celles-ci a eu lieu, étaient, au regard des circonstances de l'espèce, limitées à ce qui était strictement justifié par les nécessités de l'enquête* ». Sur le modèle du contrôle de l'application de la loi fondé sur la contrariété à la Convention européenne, elle valide l'appréciation des juges du fond qui avaient considéré que l'atteinte était justifiée dans la mesure où « *l'accès aux informations litigieuses a porté sur des données régulièrement conservées et qu'il a eu lieu en vue de la poursuite d'infractions relevant de la*

¹ Directive n°2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques telle que modifiée par la directive n°2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

criminalité grave, dans des conditions limitant cet accès à ce qui était strictement justifié par les nécessités de l'enquête » (§63). Elle applique d'ailleurs les principes dégagés dans un arrêt rendu peu de temps après, plus concis, du 27 juillet 2022¹, qui reprend d'ailleurs la jurisprudence précitée pour alléger sa motivation². Il convient de mentionner que quel que soit le cas, le contrôle effectué sur le fondement communautaire, exclusif ou non, concerne plutôt le contrôle du contenu de la loi. Pour l'instant, la construction du contrôle de son application s'est effectuée en partie sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme. La voie du cumul, voire du fondement exclusif, reste ainsi ouverte y compris pour le contrôle de l'application de la loi. Ce constat permet de déceler une complémentarité entre le contrôle du juge judiciaire et celui de la Cour de justice de l'Union.

B/ La complémentarité des contrôles du contenu et de l'application des lois pratiqués par deux juges distincts

180. Un contrôle de l'application délégué au juge national. Dans l'affaire *Léger*³ précitée, la Cour de justice avait confié l'exercice final du contrôle au juge national. C'est aussi le cas dans l'affaire *K. B.*⁴, dans laquelle elle soutient qu'« *il incombe au juge national de vérifier si, dans un cas tel que celui de l'affaire au principal, une personne dans la situation [du requérant] peut se fonder sur l'article 141 CE afin de se voir reconnaître le droit de faire bénéficier son partenaire d'une pension de réversion* »⁵. Dans le même ordre d'idée, mais cette fois pour écarter les dispositions du droit de l'Union elles-mêmes, et non des dispositions nationales, on retrouve les arrêts *Aranyosi et Căldăraru*⁶ et *LM*⁷. Dans les deux affaires, il était en effet question de contestations de l'exécution de mandats d'arrêts européens⁸ pour lesquels les pays d'émission étaient soupçonnés de violations à la Charte des droits fondamentaux. Dans

¹ Crim., 27 juillet 2022, n°22-80.363.

² Cet exemple permet de mesurer les bénéfices de la citation du précédent à ce titre, ce qui sera souligné au §366 de la thèse.

³ CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger contre Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Établissement français du sang*, n°C-528/13, déc. préc., v. §156 de la thèse.

⁴ CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, n°C-117/01, v. spéc. pt. 36.

⁵ À noter que dans l'affaire en question, la Cour de justice avait toutefois auparavant abstraitement considéré que le contenu du texte en cause était incompatible, si bien que la délégation au juge national « s'avère singulièrement artificielle » comme le souligne le Professeur COUTRON.

⁶ CJUE, Gr. ch., 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, aff. jtes n°C-404/15 et n°C-659/15 PPU.

⁷ CJUE, Gr. ch., 25 juillet 2018, *LM*, n°C-216/18 PPU ; *Europe* 2018, comm. 360, D. SIMON ; *JDI* 2019, chron. K. MEHTIYEVA.

⁸ Ils étaient notamment régis par la décision cadre 2002/584, dont le considérant 10 prévoyait que « *la mise en œuvre [du mandat d'arrêt européen] ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des États membres des [droits de l'homme et valeurs protégés par l'article 2 du TUE]* ».

le premier cas, il s'agissait de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants de l'article 4 de la Charte par la Hongrie et la Roumanie, tandis que dans le second du droit au procès équitable de l'article 47 par la Pologne. La Cour conclut dans les deux affaires de façon similaire en considérant que « *lorsque l'autorité judiciaire d'exécution appelée à décider de la remise d'une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen [...] dispose d'éléments [...] tendant à démontrer l'existence d'un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable garanti par l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, en raison de défaillances systémiques ou généralisées en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire de l'État membre d'émission, ladite autorité doit vérifier, de manière concrète et précise, si, eu égard à la situation personnelle de cette personne, ainsi qu'à la nature de l'infraction pour laquelle elle est poursuivie et au contexte factuel qui sont à la base du mandat d'arrêt européen, et compte tenu des informations fournies par l'État membre d'émission [...], il existe des motifs sérieux et avérés de croire que ladite personne courra un tel risque en cas de remise à ce dernier État* »¹. L'idée est ainsi de permettre au juge national, saisi d'une demande d'exécution d'un mandat d'arrêt européen, d'écarter son application lorsqu'elle ne peut qu'aboutir, dans la situation du requérant, à une violation de ses droits fondamentaux. Cela entre dans cette mesure en concordance avec les préconisations de la Cour européenne précédemment à ce sujet. La « concrétisation » du contrôle de la Cour de justice doit ainsi être très largement distinguée du contrôle de l'application pratiqué par le juge judiciaire. C'est précisément cette distinction qui permet une complémentarité des deux contrôles, la Cour de justice étant en charge du contrôle du contenu des lois qui mettent en œuvre le droit de l'Union.

181. Le contrôle du contenu par la Cour de justice. Lorsque la Cour de justice de l'Union est saisie d'un recours préjudiciel en interprétation, et qu'il concerne la conformité d'une norme à un droit d'origine communautaire, plusieurs options sont envisageables. Soit le juge européen considère que son contenu est incompatible, auquel cas le contrôle de l'application exercé par le juge judiciaire en aval n'aura pas lieu d'être. Soit, au contraire, la norme est jugée compatible avec les droits issus, par exemple, de la Charte, si bien que par ce contrôle « abstrait » la norme d'application sera préservée et s'imposera par principe à toutes les affaires où elle trouverait à s'appliquer, y compris à celle qui a fait l'objet du recours. Le juge judiciaire qui sera ensuite confronté à son application pourra naturellement se conformer

¹ CJUE, *LM*, déc. préc. pt. 79. V. dans le même sens, CJUE, *Aranyosi et Căldăraru*, déc. préc., pt. 104.

à l'appréciation de la Cour de justice, sans qu'il ne lui soit toutefois impossible d'écarter la norme si son application à l'espèce lui semble contraire à un droit fondamental d'origine communautaire, voire d'origine conventionnelle s'il est question d'une norme mettant en œuvre le droit l'Union pour laquelle l'État bénéficiait d'une marge nationale d'appréciation. Les droits contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne seraient obligatoirement mobilisés, et éventuellement ceux contenus dans la Convention en fonction de l'application de la théorie de l'équivalence. La norme d'application du droit de l'Union aurait dans cette mesure vocation à s'appliquer à tous, mais pourrait néanmoins être écartée dans l'affaire soumise au juge judiciaire, sans qu'il n'y ait de réelle contradiction entre sa décision et celle de son homologue européen. En outre, tout comme c'est le cas avec la Convention européenne, la Charte des droits fondamentaux serait un instrument d'autant plus vivant qu'il serait davantage mobilisé par les plaideurs lorsqu'une norme mettant en œuvre le droit de l'Union serait en cause. L'articulation harmonieuse des deux contrôles implique nécessairement que le juge judiciaire respecte le sens du contrôle du contenu de la norme effectué par la Cour de justice, ce qui est la voie privilégiée dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, et justifiera les propositions formulées à l'issue du travail doctoral. Qu'il mobilise de multiples fondements ou non, pratiquer un contrôle de l'application de la norme ne l'empêchera pas de respecter les prescriptions des juges luxembourgeois. Ces derniers peuvent par ailleurs donner quelques indications pour que le juge national effectue un tel contrôle.

182. Les indications au juge national dans le contrôle de l'application de la loi. Dans les cas qui ont été évoqués, la Cour de justice donne un certain nombre d'indications très « concrètes » au juge national pour qu'il statue ensuite. Cela avait pu être observé dans l'affaire *Léger*, il avait été conseillé au juge national d'identifier un certain nombre de critères très précis pour lui permettre d'exercer lui-même un contrôle de proportionnalité approfondi. Le juge judiciaire, le cas échéant, aura tout intérêt à les prendre en considération en vue de favoriser le dialogue avec la Cour luxembourgeoise, et d'assurer la cohérence du système de protection des droits fondamentaux de l'Union. Toutefois, si la juridiction nationale bénéficie d'informations plus concrètes qui n'étaient pas nécessairement connues par le juge européen, elle pourrait tout de même s'écarter de l'appréciation de ce dernier au bénéfice de celle qui lui paraît plus appropriée. Un tel cas de divergence a par exemple pu se présenter, même s'il n'était pas réellement question d'un contrôle de l'application des lois, au profit du Conseil d'État dans une affaire relative à une réglementation de la commercialisation d'échalottes. Ce dernier a ainsi pu

nuancer l'appréciation de la Cour de justice¹, en se fondant sur des éléments découlant d'une instruction beaucoup plus approfondie². Rien n'empêche donc au juge judiciaire de préciser bien davantage les contours de l'interprétation délivrée par le juge européen.

¹ V. CJUE, 10 janvier 2006, *De Groot en Slot Allium BV et Bejo Zaden BV c/ Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires rurales*, n°C-147/04. La Cour de justice avait en effet estimé que le droit européen s'opposait « à une réglementation nationale, telle que l'arrêté du 17 mai 1990, relatif au commerce des échalotes, qui n'autorise la commercialisation, sous la dénomination « échalotes », que des seuls légumes produits par multiplication végétative, à l'exclusion de ceux issus de semences produites et commercialisées sous le même nom dans d'autres États membres ».

² V. CE, Ass., 11 décembre 2006, n°234560. Le Conseil d'État se fonde sur des témoignages de chefs cuisiniers et des résultats de test de dégustation à l'aveugle ou non, aboutissant au constat que « outre des différences de propriétés organoleptiques, en particulier dans la teneur en matière sèche après passage en étuve, c'est principalement au regard des propriétés gustatives que les gourmets distinguent les échalotes de plant, reconnues, surtout après cuisson, comme plus parfumées, plus puissantes et corsées, longues en bouche, par rapport aux produits des requérantes, à la saveur moins prononcée et typée, plus neutre et fade ; que toutefois, il résulte également du dossier que ces deux produits partagent avec certaines variétés d'échalotes de plant traditionnelles de nombreuses propriétés, qui les distinguent ensemble des oignons ; que par suite, les requérantes sont fondées à soutenir qu'en interdisant la vente de leurs produits sous le nom d'échalote, alors qu'un étiquetage adéquat, dont il appartient à l'administration d'édicter le contenu, suffirait à renseigner les consommateurs sur les différences qui séparent leurs produits des échalotes traditionnelles » pour aboutir ensuite à la même conclusion.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

183. L'étude des interactions entre le contrôle exercé par le juge judiciaire et celui qu'exerce la Cour de justice permet de formuler une observation préalable, à nouveau au regard de la dichotomie proposée au sein de la présente thèse. Elle semble confirmer l'intérêt de la distinction « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » de la loi, combinée plutôt qu'identifiée à celle de « contrôle abstrait » et « contrôle concret ». La première, centrée sur l'objet et les effets du contrôle, semble plus adaptée à l'étude des rapports entre les contrôles exercés : celui du juge communautaire est ainsi cantonné à un contrôle du contenu de la norme, qui peut certes prendre une dimension abstraite ou concrète, sans s'identifier au contrôle de l'application des lois qu'exerce le juge judiciaire. Ce dernier pratique par conséquent un double contrôle, tant du contenu que de l'application de la loi, qui est plus complet que celui de son homologue luxembourgeois.

184. L'absence d'identité totale des contrôles du juge judiciaire et du juge de l'Union, qu'elle découle des disparités de normes de référence, du champ des normes contrôlées ou encore de l'objet et des effets des contrôles pratiqués par chacun d'eux, n'est pas un obstacle au constat de l'équilibre qui règne dans leurs rapports. Au-delà de l'équilibre, c'est une certaine complémentarité qui peut être constatée, lorsque le juge judiciaire mobilise le fondement communautaire pour contrôler une norme mettant en œuvre le droit de l'Union européenne. Dans ce cas, le contrôle du contenu effectué par la Cour de justice est une référence pour le juge national, qui peut ensuite le mobiliser pour l'enrichir par son contrôle de l'application de la norme déclarée compatible. D'autant que tout comme en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, le contrôle est confié au premier chef au juge national : l'exercice d'un contrôle complet par le juge judiciaire, tant du contenu que de l'application de la loi, est ainsi conforme à une telle répartition. De surcroît, les potentialités offertes par la Charte européenne des droits fondamentaux, voire plus largement les droits d'origine communautaire, surpassent celles de la Convention européenne des droits de l'homme, même si leur champ d'application est réduit aux normes mettant en œuvre le droit de l'Union. Certes, la voie privilégiée est pour l'instant davantage celle des fondements multiples que du fondement exclusif de la Charte ou des droits d'origine communautaire. Certes, ces derniers ne sont pour l'instant mobilisés qu'en ce qui concerne le contrôle de la compatibilité du contenu de la loi. Malgré ces deux réserves, à n'en pas douter, la familiarisation croissante des plaideurs avec cet outil pourrait permettre une protection plus étendue sur le fondement des droits d'origine communautaire.

185. De surcroît, malgré les difficultés inhérentes à la superposition normative, il n'en demeure pas moins que la construction du dialogue, facilitée par l'usage du renvoi préjudiciel en interprétation, est un réel atout entre les mains des juges de la conventionnalité, qui leur permet d'exercer un contrôle des lois cohérent et harmonisé. La saisine pour avis, ou les renvois préjudiciels, sont donc les voies idoines pour pratiquer le contrôle de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux : or en droit interne, plus particulièrement s'agissant de la saisine pour avis de la Cour de cassation, cela ne semble pas être sa fonction. L'étude des rapports entre la Cour de justice et le juge judiciaire confirme donc la nécessité de la réformer, en vue d'articuler l'avis en conventionnalité qui sera proposé avec le renvoi préjudiciel en interprétation¹.

¹ Une telle proposition sera développée *infra*, V. spécialement au §441, cela a justifié l'intégration de l'article L441-4-3, 2° proposé en annexe 1.

Chapitre 2 : La complémentarité avec le contrôle du Conseil constitutionnel

186. Les rapports qu'entretient le juge judiciaire – voire, plus largement, le juge ordinaire – avec le Conseil constitutionnel se sont doublement renouvelés. D'abord, la création de la question prioritaire de constitutionnalité a mis à mal l'hégémonie du contrôle de conventionnalité des lois en vigueur, et a posé la pierre d'achoppement d'un système juridictionnel complexe marqué par le pluralisme des organes de contrôle de la loi promulguée. Ensuite, le contrôle par les juges judiciaire et administratif de l'application des lois implique une réflexion sur l'articulation entre des contrôles internes différenciés. Si le juge judiciaire a adapté son mode de contrôle en vue de compléter celui de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'esprit d'un principe de subsidiarité renforcé, il a agi aussi en ayant à l'esprit qu'il devait aussi faire face à l'influence grandissante, devenue incontournable, du Conseil constitutionnel dans le contrôle de la loi promulguée. En effet, « *la QPC a entamé une redéfinition assez spectaculaire de ces relations qui étaient déjà, avant elle, assez complexes* »¹, si bien qu'il n'est pas exclu que le contrôle de l'application de la loi tel qu'il est pratiqué par le juge judiciaire dans l'arrêt du 4 décembre 2013 ait été stimulé par une telle concurrence. La revalorisation de son pouvoir de contrôle est ainsi présente de façon purement volontaire et assumée, comme en témoignent les propos du premier président Bertrand LOUVEL². Par ailleurs, on a pu faire état des rapports qu'entretient le juge judiciaire avec la Cour européenne des droits de l'homme, mais il ne faut pas négliger l'influence de cette dernière sur le Conseil constitutionnel. Le dialogue « sans paroles »³ qui est d'abord né entre eux, puis qui s'est intensifié, a grandement contribué à faire évoluer la jurisprudence du juge constitutionnel⁴.

¹ M. DISANT, « (Re)penser les rapports entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire, voies et capacité de régulation interne au prisme des rapports entre ordres juridiques », in BONNET (Baptiste) (dir), *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Lextenso, coll. « Forum », 2013, p.726.

² Entretien avec Bertrand LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, *JCP G.* n°43, 19/10/2015, p.1122, ou site de la Cour de cassation.

³ Pour reprendre la formule du Président O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.403.

⁴ Sur l'influence des ordres juridiques européens sur la jurisprudence du Conseil, V. not. N. BELLOUBET, « Repenser le rôle du Conseil constitutionnel, Les rapports entre le Conseil constitutionnel français et les ordres juridiques européens », in BONNET (Baptiste) (dir), *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Lextenso, coll. « Forum », 2013, p.697 ; V. aussi, M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.293, ou *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011/3, n°32, p.67 ; GARLICKI (Lech), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Sur le dialogue des juges », in *La conscience des droits*, op. cit., p.271 ; J.-P. COSTA, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution de la France », in *Le nouveau constitutionnalisme*, mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Economica, 2001, p.241.

187. Lorsqu'on examine les rapports entre juge judiciaire et Conseil constitutionnel, une influence mutuelle des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité est nettement identifiable. Cela se traduit particulièrement du point de vue des évolutions relatives au contrôle du contenu et de l'application de la loi. Malgré cela, contrairement à ce qui a pu être constaté s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne conduit pas à leur identité¹. D'autant que, sans même évoquer la distinction entre contrôle du contenu et de l'application de la loi, leur objet diffère nécessairement dans la mesure où les juges ordinaires peuvent exercer un contrôle sur un panel normatif bien plus large que le Conseil constitutionnel, cantonné aux normes législatives. Toutefois, c'est précisément du constat de l'absence d'identité des contrôles pratiqués par le juge constitutionnel et les juges ordinaires (Section 1) que découle le renouvellement de la complémentarité de leurs contrôles respectifs (Section 2).

Section 1 : L'absence d'identité des contrôles

188. La dissemblance des contrôles de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi promulguée s'est progressivement construite. En effet, elle découle en majeure partie de leur développement mutuel (I). L'absence d'identité est induite par le cantonnement du contrôle du Conseil constitutionnel au contenu des lois (II), contrairement à celui du juge ordinaire, qu'il soit administratif ou judiciaire, qui contrôle aussi son application.

I. Le développement mutuel des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

189. Le développement des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité s'est traduit par des influences réciproques, qui justifient leur absence d'identité. Ainsi, le contrôle de conventionnalité a été un moteur de développement de la capacité pour le Conseil constitutionnel à contrôler les lois promulguées (A). Cette dernière, accélérant l'obsolescence du contrôle du contenu des lois sur le plan conventionnel, a été – du moins pour le juge judiciaire – un élément déterminant dans le développement de son contrôle de l'application des lois (B).

¹ Alors même que la distinction entre les droits fondamentaux d'origine constitutionnelle et d'origine conventionnelle est essentiellement formelle, et assez peu substantielle. En effet, la plupart des droits fondamentaux contenus dans le bloc de constitutionnalité sont analogues à ceux contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme. Les seules différences concernent les autres sources de droits fondamentaux, mais la question est moins problématique qu'en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne.

A/ Le contrôle de conventionnalité, moteur de la question prioritaire de constitutionnalité

190. La naissance d'un paradoxe. Avant l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, le développement du contrôle de conventionnalité a donné naissance à un paradoxe¹. Les lois promulguées pouvaient être contrôlées au regard des droits d'origine conventionnelle, sans pouvoir l'être au regard de ceux contenus dans la Constitution. Cantonné à un contrôle seulement *a priori*, il est vite devenu évident que le Conseil constitutionnel avait un pouvoir qui apparaissait finalement bien moins efficace que celui qu'il avait lui-même confié aux juges des ordres judiciaire et administratif². Les droits de source constitutionnelle étaient ainsi dépourvus d'effets au profit du justiciable qui aurait souhaité s'en prévaloir dans le cadre de l'instance³. La volonté du Conseil de permettre une discussion constitutionnelle de la loi promulguée a toutefois pu être identifiée, mais seulement de manière indirecte⁴. Paradoxalement, la norme législative « *fait l'objet de toutes les remises en question possibles et imaginables, sous la férule du plus infime tribunal* »⁵ lorsqu'il s'agit du contrôle de sa compatibilité avec un droit contenu dans un traité international. La situation était donc ainsi telle que les droits d'origine internationale étaient bien plus efficacement garantis que ne l'étaient ceux d'origine constitutionnelle⁶, alors même que leur teneur pouvait être équivalente. Il est donc devenu nécessaire de doter le Conseil constitutionnel de pouvoirs *a minima* semblables.

¹ Pour des détails bien plus fournis sur ces questions, et davantage de références, V. Th. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, L.G.D.J., 2021, spéc. p.45 et suiv. L'auteur conclut, et nous adhérons pleinement à l'affirmation, qu'« *il n'est ainsi pas contestable que l'établissement d'un équilibre différent entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité était un objectif absolument décisif pour le pouvoir constituant, si ce n'est son objectif premier* » (p.51).

² Ce qui permet au Professeur ROUSSEAU de considérer que le Conseil « *se voit concurrencé dans son rôle de juge de la loi par les juges ordinaires, judiciaires et administratifs* », V. not. « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p.890.

³ Ce que R. BADINTER qualifie d'ailleurs de « persistante boiterie », V. « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.41.

⁴ Le Conseil admet en effet sa capacité à examiner la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée, à l'occasion de l'examen d'une loi postérieure qui vient la modifier. Pour une première application : Cons. const., 25 janvier 1985, n°2008-573 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *Rec. Cons. const.*, p.43 ; JO p.1137 ; *GDCC* 4^e ed. p.665 ; *AIJC* 1985 p.400, note B. GENEVOIS. Pour une application postérieure : Cons. const., 15 mars 1999, n°99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*. V. not. Sur ce sujet, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. « Thémis droit », 4^e ed., 2016, p.458, §472-473 pour davantage de détails.

⁵ D. de BÉCHILLON, art. préc., p.116.

⁶ Le Professeur GAÏA estime d'ailleurs que « *malgré l'essor du contrôle de constitutionnalité dans le dernier quart du siècle dernier, le contrôle de la conformité des lois aux traités a malgré tout et cela en quelques années à peine, pris l'ascendant sur le premier* », V. not. « La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Évolution d'une décennie », table ronde in *AIJC*, XXIX-2013, *Economica*, 2014, p.222.

191. La nécessité d'instituer un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. C'est du constat précédent dont se sont inspirés les partisans d'un contrôle de constitutionnalité des lois intervenant après leur promulgation. C'est donc d'une concurrence entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité qu'est née la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, après avoir confié au juge ordinaire le pouvoir de contrôler la loi promulguée au regard du traité alors qu'il ne le détenait pas lui-même du point de vue constitutionnel, le Conseil obtient du constituant dérivé un nouveau pouvoir de contrôle de constitutionnalité des lois après leur promulgation. On peut ainsi tirer des conséquences positives, propres au droit français, de la pluralité juridictionnelle : en confiant aux juges administratif et judiciaire le contrôle de la conventionnalité des lois, le juge constitutionnel a fait naître un paradoxe qui lui a inspiré son propre contrôle *a posteriori*. Cette influence mutuelle, si elle complexifie les rapports entre les deux contrôles, enrichit le système français de protection des droits fondamentaux. Le rapport Balladur¹, à l'origine de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008², mentionne ainsi que « *l'extension du contrôle de conformité de la loi aux conventions internationales en vigueur [...] met en lumière la disparité des contrôles dont une même loi peut faire l'objet. Ainsi, tout juge de l'ordre judiciaire ou administratif peut, à l'occasion du litige dont il est saisi, écarter l'application d'une disposition législative au motif qu'il l'estime contraire à une convention internationale, mais il ne lui appartient pas d'apprécier si la même disposition est contraire à un principe de valeur constitutionnelle. Or, les principes dont il fait application dans le premier cas sont, en pratique, souvent voisins de ceux qu'il aurait à retenir si lui-même ou le Conseil constitutionnel était habilité à statuer sur la conformité à la Constitution de la loi promulguée. Il s'ensuit que les justiciables sont portés à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même* »³. Il était donc indispensable⁴ de confier aux citoyens un outil efficace qui leur permette de contester la validité d'une loi en utilisant directement les droits contenus

¹ Ce que ne manque pas de souligner le Professeur P. GAÏA, *loc. cit.*, p.222.

² Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, n°2008-724, relative à la modernisation et au rééquilibrage des institutions de la Vème République.

³ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, *Une Vème république plus démocratique*, octobre 2007, La documentation française, version numérique, p.88. Le paradoxe précédemment évoqué avait aussi été pris en compte par le Comité, puisqu'il évoque aussi qu'il était nécessaire de « *permettre aux contrôles de conformité de la loi aux conventions internationales et à la Constitution de s'exercer dans des conditions plus cohérentes qu'à l'heure actuelle* ».

⁴ Pour un avis contraire, V. G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cah. Cons. const.* 1999, n°7.

dans la Constitution, en dotant le Conseil constitutionnel du contrôle des lois en vigueur¹. Toutefois, la coexistence avec le contrôle de conventionnalité perdurait, ce qui a inspiré la priorité du nouveau mécanisme.

B/ La priorité de la question de constitutionnalité, moteur du contrôle de l'application de la loi par le juge judiciaire

192. Une priorité sur le contrôle de conventionnalité. Il convient de noter que l'introduction d'un nouveau contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a fait l'objet d'un certain consensus, et « *s'est frayé un chemin assez tranquille dans le cours souvent tumultueux de la révision* »². D'abord envisagée comme prenant la forme d'une exception d'inconstitutionnalité³, il est vite apparu, lors des débats qui ont précédé l'adoption de la loi organique du 10 décembre 2009⁴ relative à l'application du nouvel article 61-1 de la Constitution⁵, qu'il était nécessaire, voire indispensable, de doter le mécanisme d'une priorité d'examen⁶. C'est une question centrale qui est d'ailleurs bien développée dans les rapports

¹ Pour une discussion sur l'impact de la QPC sur l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel, V. not. J.-P. FELDMAN, D. de BÉCHILLON, « Le nouveau rôle du conseil constitutionnel », *Commentaire* 2012/2 (n°138), p.467.

² J.-H. STAHL, « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.994. L'auteur y retrace les différentes étapes qui ont conduit à l'introduire dans la révision de 2008, et montre qu'elle est le fruit d'une longue maturation ayant débuté dès la fin des années quatre-vingt. V. aussi, F. SUDRE, « L'exception d'inconstitutionnalité, un chantier difficile », *RDP* 2009, p.671 ; B. de LAMY, « L'exception d'inconstitutionnalité : une vieille idée neuve », in DRAGO (Guillaume) (dir.), *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Actes du colloque du 4 octobre 2006 par l'Institut Cujas, Dalloz, 2007, p.117 ; E. DUPIC, L. BRIAND, *La question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*, PUF, 2011, spéc. p.10 à 15.

³ L'idée n'est pas nouvelle, puisqu'elle avait déjà fait l'objet d'un projet de loi constitutionnelle en 1990 (projet de loi constitutionnelle n°1203 portant révision des articles 61, 62 et 63 de la Constitution) qui n'avait pas pu aboutir, faute d'adhésion de l'Assemblée nationale et du Sénat. Dans le cadre d'un projet de révision beaucoup plus large, l'exception d'inconstitutionnalité est ensuite reprise (Rapport du Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par Georges VEDEL, 15 février 1993, La documentation française, version numérique, §35) mais le Sénat n'y a pas adhéré, si bien qu'elle a été retirée afin de permettre l'accord des deux chambres sur les autres mesures.

⁴ Loi organique du 10 décembre 2009, n°2009-1523, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. À noter qu'elle entra en vigueur seulement trois mois plus tard, le 1^{er} mars 2010.

⁵ L'article 61-1 de la Constitution tel qu'il a été prévu par l'article 29 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 précitée ne fait qu'énoncer que « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article* ». La disposition est ainsi très brève, une grande latitude quant aux modalités d'application du nouveau mécanisme était donc laissée à la discrétion des parlementaires dans le cadre de l'adoption d'une loi organique postérieure.

⁶ V. B. BONNET, « La règle de priorité d'examen : fondements, justifications, critiques » in GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane) (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'Institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.65.

parlementaires, et qui a très vite emporté l'adhésion. En effet, la crainte était grande que l'innovation soit éclipsée par un contrôle de conventionnalité dont étaient désormais coutumiers justiciables et juridictions, et qu'ainsi l'objectif de valorisation des droits contenus dans la Constitution ne soit pas atteint, faute de popularité de la mesure. Dans le rapport de la commission des lois constitutionnelles présenté à l'Assemblée nationale le 3 septembre 2009¹, un titre est explicitement consacré à la question de la priorité et y est clairement développé l'argument qu'« *afin d'éviter une concurrence entre ces deux moyens de contestation d'une disposition législative, qui pourrait être préjudiciable au développement de la nouvelle procédure, le projet de loi organique propose que la question de constitutionnalité soit jugée de manière prioritaire* »². La plupart des personnes auditionnées se sont d'ailleurs elles-aussi prononcées en faveur de la priorité, allant même plus loin que le projet de loi qui ne la prévoyait qu'au stade de l'examen de la question de constitutionnalité³. C'est par exemple le cas du Professeur MOLFESSIS, qui soutient qu'« *en aucune manière, la question de constitutionnalité ne peut être subsidiaire, ou encore seconde* », ou encore que « *la question de constitutionnalité est effectivement préalable, sans quoi elle pourrait rester sans réponse, au risque de ruiner le mécanisme en pratique, et plus fondamentalement de méconnaître ce qui en fait l'essence même* »⁴. Le Sénat a ensuite donné son assentiment, considérant que la priorité constitue un « *point d'équilibre satisfaisant* »⁵. La mesure n'a toutefois pas fait l'unanimité : des voix se sont élevées lors des auditions contre la priorité d'examen⁶, dont celle de Jean-Louis NADAL,

¹ Rapport n°1898 de M. Jean-Luc WARSMANN sur le projet de loi organique n°1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, enregistré le 3 septembre 2009 à la Présidence de l'Assemblée nationale, site internet de l'Assemblée nationale.

² Rapport précité, p.23, le titre est d'ailleurs évocateur : « Une priorité d'examen indispensable ».

³ Cela permettait au Conseil d'État ou à la Cour de cassation d'appliquer ou non le principe de priorité lorsque la QPC était posée pour la première fois en cassation. V. art. 23-2 et art. 23-5 du projet de loi organique n°1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2009, site internet de l'Assemblée nationale.

⁴ Le vice-président du Conseil d'État J.-M. SAUVÉ, le secrétaire général du Conseil constitutionnel M. GUILLAUME, les Professeurs B. MATHIEU et G. CARCASSONNE, le président du Conseil national des barreaux T. WICKERS, ou encore un ancien membre du Conseil, M. J.-C. COLLIARD sont aussi du même avis. A noter que le vice-président du Sénat de Belgique, M. le Professeur F. DELPÉRÉE, exprime une position semblable, ayant lui-même plaidé pour cela peu de temps auparavant dans son propre pays.

⁵ Rapport n°637 de M. Hugues PORTELLI fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, déposé le 29 septembre 2009, site internet du Sénat.

⁶ La Professeure A. LEVADE estime par exemple que « *la priorité me semble non seulement non justifiée, mais potentiellement contre-productive : dans la mesure où elle est conditionnée au fait que le juge soulève de façon analogue les deux questions, on pourrait tout à fait imaginer qu'à terme le parti soit pris de ne pas les soulever de façon analogue, ou encore de ne plus soulever que la question de conventionnalité, de manière à éviter justement le temps du traitement d'une question de constitutionnalité. La seule raison légitime, me semble-t-il, à l'institution de la priorité constitutionnelle est d'éviter au juge, habitué qu'il est au contrôle de conventionnalité, la tentation de purger l'inconventionnalité de prime abord de manière à ne plus avoir à poser la question de constitutionnalité. Cependant cette raison n'est ni suffisante, ni nécessaire.* ». C'est aussi l'avis du Professeur CASSIA. Maître D. LE PRADO, président du Conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils, se range aussi à cette

Procureur général près la Cour de Cassation, ou encore celle, non moins évocatrice, de son premier président Vincent LAMANDA¹, ces derniers ayant toutefois obtenu qu'une formation spécialisée de la Cour soit chargée de l'examen du renvoi des QPC². On y perçoit ainsi une première hostilité à la priorité de la part des représentants de l'ordre judiciaire, qui ne manquera pas de se traduire par la résistance postérieure bien connue.

193. La mauvaise réception de la priorité par la Cour de cassation. Les avis négatifs émis par les hauts magistrats concernant la priorité ont été ensuite beaucoup plus retentissants³. En effet, les mois qui ont suivi les premières applications de la QPC furent marqués par une résistance⁴ de la Cour de cassation précisément sur ce sujet⁵. Elle s'est manifestée à plusieurs niveaux, qui seront brièvement évoqués⁶. D'abord, les magistrats du quai de l'Horloge ont tenté directement de remettre en cause le principe même de la priorité, et ce devant la Cour de justice de l'Union européenne par l'intermédiaire d'une question préjudicielle⁷. Ils considéraient en effet que dans le cadre d'une QPC, exercée donc avant le contrôle de conventionnalité

position, estimant qu'il convient de laisser la plus grande liberté possible aux plaideurs quant au choix des moyens qu'ils souhaiteraient soulever.

¹ Il considère notamment qu'« on peut se demander si les avocats ne seront pas tentés de ne pas soulever la question de constitutionnalité et de n'invoquer qu'une exception d'inconventionnalité lorsque celle-ci leur apparaîtra de nature à satisfaire immédiatement les intérêts de leur client. [La priorité] risquerait alors d'aboutir à un résultat opposé à celui souhaité par le constituant. C'est pourquoi il me semblerait plus opportun de laisser au juge la liberté de statuer en premier sur le moyen qui lui paraît le plus opérant et de nature à protéger le plus rapidement les droits fondamentaux des citoyens ». A noter que dans le rapport de la commission des lois du Sénat précité, en préambule aux développements favorables à la priorité, il est explicitement énoncé que « la priorité donnée à l'examen du moyen d'inconstitutionnalité sur le moyen d'inconventionnalité a suscité de fortes réserves de la part du premier président de la Cour de cassation », ce qui est évocateur.

² La loi organique précitée a créé l'article 23-6 au sein de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

³ Le risque était en effet grand de voir son contrôle relégué au second plan. Pour une appréciation nuancée, V. par ex. J. ROUX, « La QPC menace-t-elle l'indépendance du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation vis-à-vis du Conseil constitutionnel ? », in *Indépendance(s)*, études offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, p.1253.

⁴ V. not. N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n°137, p.83, où l'auteur en décrit les divers aspects tout en faisant l'indispensable synthèse d'une année 2010 qu'il qualifie d'« année de déchirements institutionnels, de querelles doctrinales et prétoriennes sans équivalents, au risque d'une véritable rupture entre la Cour de cassation, une partie de la doctrine, le Conseil constitutionnel et le Parlement ».

⁵ Et non contre le dispositif en lui-même, le conflit concernait uniquement la priorité.

⁶ Pour davantage de détails, V. not. D. SIMON, « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Rev. Crit. DIP* 2011, p.1. L'auteur met en lumière trois grands actes qui ont marqué ce « *tumulte* » qui sont très inspirants. Les décisions et commentaires en la matière étant foisonnants, l'exhaustivité est exclue, mais on peut citer par exemple D. SIMON, A. RIGAUX, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2010/3, n°29, p.63 ; J.-B. PERRIER, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC* 2010, n°84, p.793 ; P. DEUMIER, « QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire) », *RTD civ.* 2010, p.499 ; V. aussi, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. « Thémis droit », 4^e ed., 2016, p.505, §524 à 529.

⁷ Ass. plén., QPC, 16 avril 2010, n°10-40.001 et n°10-40.002.

précisément grâce à son caractère prioritaire, le Conseil pourrait décider que la disposition législative attaquée soit conforme au droit de l'Union, ce qui impliquerait que les juges du fond soient alors dans l'impossibilité de contrôler la norme au regard du traité ou de saisir le juge européen d'une question préjudicielle.

Heureux « hasard » du calendrier, le juge constitutionnel, alors saisi dans le cadre d'un contrôle *a priori*¹, en profite pour clarifier la situation : il rappelle d'abord que l'examen de la constitutionnalité et de la conventionnalité doivent être distingués, et confirme ensuite que, conformément à sa jurisprudence antérieure, le premier lui reviendrait, tandis que le second continuerait d'être confié au juge ordinaire. Quant à l'autorité de sa décision sur celle des juges ordinaires, il considère très clairement que « *l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution* »². Ainsi, lorsqu'il juge qu'une norme est conforme à la Constitution, les juges judiciaires et administratifs ne sont pas tenus de s'y conformer lorsqu'ils en contrôlent la compatibilité sur le plan conventionnel. La priorité n'est donc qu'une règle d'articulation des deux contrôles, qui ne retire pas au juge du fond la possibilité de poser une question préjudicielle. Parallèlement, le Conseil d'État se range aussi à cette position deux jours plus tard, dans une décision du 14 mai 2010³, ce qui marque sa volonté de suivre les sages de la rue de Montpensier et son adhésion à la priorité⁴. À la suite de cela, la Cour de justice rend

¹ Cons. const., 12 mai 2010, n°2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

² Déc. préc., cons. n°13. V. not. plus précisément sur cette question de l'autorité des décisions du Conseil, qui se posait avant même que soit introduite la QPC, S. BENZINA, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n°148, 2017, p.182, §464 et suiv. V. aussi M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011/1, n°30, p.49 ; M. VERPEAUX, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2011/1, n°30, p.11 ; O. DESAULNAY, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011, n°30, p.31. À noter qu'une autorité interprétative des décisions du Conseil n'est pas à négliger, mais cette question sera évoquée indirectement *supra*.

³ CE, 14 mai 2010, n°312305, *Rujovic* ; *AJDA* 2010, p.1048, obs. S. BRONDEL ; *RFDA* 2010, p.458, note P. GAÏA ; *ibid.* concl. J. NURGUBURU. Il estime en effet que « *ces dispositions [relatives à la priorité] ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union* ». Il considère aussi que « *le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, [...] une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne* ».

⁴ Pour une appréciation positive de cette première réaction commune, V. not. D. SIMON, A. RIGAUX, « Le feuillet de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève ? », *Europe* juin 2010, n°6, repère 6.

une décision dans laquelle elle tente de ménager les deux – voire maintenant trois – juges internes, en validant *in fine* le mécanisme issu de la révision de 2008, ainsi que son caractère prioritaire, tout en posant la condition, soumise au contrôle du juge ordinaire, que la possibilité de saisine par voie de question préjudicielle ne lui soit pas retirée¹. La Cour de cassation finit par trancher le litige qui lui avait permis de poser la question préjudicielle, profitant de l'interprétation de la Cour de justice pour laisser inappliquées les dispositions relatives à la priorité².

N'ayant pu faire invalider la priorité auprès des juges luxembourgeois, les hauts magistrats de l'ordre judiciaire opposent leur résistance par l'intermédiaire du filtrage des questions, notamment par une interprétation restrictive du caractère sérieux des questions qui leur sont soumises, pour refuser de les transmettre aux sages de la rue de Montpensier³. La première manifestation de ce procédé remonte à un arrêt du 7 mai 2010⁴, dans lequel la Cour répond finalement elle-même à la question pour pouvoir en conclure qu'elle ne présente pas de caractère sérieux. Elle considère que l'incrimination en cause « *ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion* », ce qui aurait finalement pu être la réponse apportée par le Conseil constitutionnel si la QPC lui avait été transmise. La Cour dépasse donc son office de simple juge du filtre, tout en s'y réfugiant pour refuser la transmission. Elle utilise ensuite d'autres justifications, comme le fait que la question ne soit plus sérieuse du fait d'une modification ultérieure du texte⁵. Plus important encore, elle adopte une appréciation très stricte de ce que constitue une disposition législative en ne faisant pas entrer dans le champ d'application de la QPC les interprétations jurisprudentielles qui découlent de la norme qui en fait l'objet⁶. Cela lui permet de protéger sa propre jurisprudence du regard

¹ CJUE gr. ch., 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, n°C-188/10 et C-189/10.

² Ass. plén., 29 juin 2010, n°10-40.001.

³ N. MOLFESSIS mentionne d'ailleurs que « *de celui qui filtre, il faut toujours se méfier de deux excès opposés : en faire trop, en faire trop peu. Tout filtrer et ne rien filtrer sont en effet deux manières de miner la procédure, en asséchant le contentieux ou en noyant le juge sous le flot des questions. La Cour de cassation a pour sa part veillé à serrer abusivement les vannes* », art. préc. p.87.

⁴ Crim., 7 mai 2010, n°09-80.774.

⁵ Crim. QPC, 11 juin 2010, n°09-72.478 ; Ass. plén., QPC, 25 juin 2010, n°09-71.801, n°09-71.805, n°09-71.806 ; Ass. plén., QPC, 8 juillet 2010, n°09-71.252 ; Crim. QPC, 16 juillet 2010, n°10-10.494.

⁶ On peut ainsi lire, sans que cela ne soit une erreur de formule de la part de la Cour tant elle apparaît à de nombreuses reprises : « *la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; [...] la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation... ; d'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel* », à propos de la motivation des arrêts de Cour d'assises, Ass. plén., 19 mai 2010, n°09-70.161. V. aussi dans le même sens, Crim., 19 mai 2010, n°09-83.328 ; Crim., 19 mai 2010, n°09-87.651 ; Crim., 31 mai 2010 n°09-87.578 ; Crim., 4 juin 2010, n°09-84.928 ; Crim., 11 juin 2010, n°10-81.810 ; Crim., 11 juin 2010, n°10-87.884 ; Ass. plén., 9 juillet 2010, n°10-40.010 ; Pour une critique de ce mouvement jurisprudentiel, V. not. P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.* 2010 p.508 ; D. de BECHILLON, « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue

du juge constitutionnel. Cette interprétation a suscité une réaction de la part du Conseil constitutionnel, qui en a pris le total contrepied¹. Il estime en effet « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ». Après avoir ainsi posé les conditions de la prise en compte d'une doctrine du « droit vivant »², d'un contrôle qui porte sur le droit applicable au litige, tel qu'interprété par la jurisprudence, il réitère toutefois plus tard la condition qu'il s'agisse d'une jurisprudence constante³, ce qui est aussi un indice des tensions qui régnaient en la matière⁴. Le juge administratif avait d'ailleurs encore une fois aussi marqué son désaccord avec le juge judiciaire, sensiblement de la même façon⁵. La résistance de la Cour de cassation est ainsi bien visible⁶, si bien qu'elle a suscité une réaction de la part du pouvoir législatif.

194. Des mesures prises par le législateur. Une telle résistance de la part d'un pouvoir juridictionnel à une mesure issue d'une volonté politique étant quasi-inédite, la réaction qui a suivi le fut tout autant. Selon le Professeur N. MOLFESSIS, « *il apparaît que la position de la Cour de cassation a été vite considérée comme institutionnelle plus que proprement juridique ; les réactions ont alors quitté le registre de pur droit pour devenir politiques* »⁷. Le fait que Conseil constitutionnel et Conseil d'État⁸ aient adopté systématiquement les mêmes positions pro-QPC avait aussi contribué à un certain isolement des hauts magistrats de l'ordre judiciaire, qui se retrouvaient ainsi de toutes parts sous le feu des critiques. Cette situation particulière a

à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP* 2010, p.676 ; N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra constitutionnem* », *JCP* 2010, p.1039 ; A. ROBLLOT-TROIZIER, « Les cours suprêmes et l'interprétation de la loi », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/1, n°38, p.216. V. pour un panorama des évolutions en la matière, R. FRAISSE, « QPC et interprétation de la loi », *LPA* 5 mai 2011, n°89, p.5.

¹ QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, n°2010-39-QPC.

² Elle sera toutefois affaiblie par une décision ultérieure, qui sera évoquée, Cons. const., 2 octobre 2020, *Geoffrey F. et autre*, n°2020-858/859 QPC, v. §217 de la thèse.

³ Const. const. 8 avril 2011, n°2011-120 QPC, *D.* 2012, p.390, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT ; *Constitutions* 2011, p.581, chron. V. TCHEN ; *RTD civ.* 2011, p.495, obs. P. DEUMIER.

⁴ V. W. MASTOR, « La QPC au cœur du dialogue – conflit ? – des juges », in MAGNON (Xavier), BIOY (Xavier), MASTOR (Wanda), MOUTON (Stéphane), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Actes du colloque du 11 juin 2011 organisé par l'institut Maurice Hauriou, Bruylant, 2012, p.143

⁵ CE, 25 juin 2010, n°326363, *AJDA* 2010, p.1355, chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGH ; CE, 16 juillet 2010, n°334665.

⁶ Pour des exemples de décisions de refus de transmission en matière pénale et une justification de la résistance de la chambre criminelle, V. not. T. FOSSIER, « Comprendre les refus de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions* 2012, p.94.

⁷ N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *loc. cit.*, p.93-94.

⁸ Pour l'assimilation de la QPC par le juge administratif, V. not. S.-J. LIÉBER, D. BOTTEGHI, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010, p.1355 ;

ainsi pu sembler légitimer une forme de sanction infligée par le Parlement, et ce à l'occasion de l'examen de la loi organique ayant pour objet de réformer le Conseil supérieur de la magistrature. En effet, non seulement un amendement a été voté pour que soit supprimée la formation spéciale de la Cour de cassation chargée de l'examen des QPC¹, mais de surcroît le pouvoir de siéger à la commission d'avancement du Conseil supérieur est retiré au premier président et au procureur général². Des horizons bien plus menaçants se sont aussi dessinés pour le juge judiciaire, que ce soit par les propos tenus au sein du rapport d'étape du comité BALLADUR³ ou, de façon bien plus virulente, par la proposition de loi organique présentée par le Sénateur HYEST⁴. Ce dernier, directement et explicitement en réaction à la résistance de la Cour de cassation⁵, suggère deux solutions pour y remédier. Une première voie était envisagée, et pouvait consister à « *supprimer le second filtre* », ce qui « *permettrait en outre de gagner du temps et d'éviter les difficultés d'interprétation des critères de renvoi* », mais elle fut « *à ce stade* » rejetée au profit d'une seconde qui « *est moins radicale et tient compte de la variété des situations et de leur éventuelle évolution dans le temps* »⁶. L'article unique de la proposition permettrait plutôt d'octroyer au justiciable la possibilité de contester la décision prise par un juge du filtre de ne pas saisir le Conseil auprès de ce dernier, et ce dans un délai de dix jours. Le Parlement ne s'est pas arrêté là, puisque quelques temps après, soit seulement huit mois depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la QPC, un rapport d'information a

¹ L'article 12 de la loi organique n°2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'article 65 de la Constitution abroge l'article 23-6 de l'ordonnance précitée. La professeur DEUMIER considère d'ailleurs que cette suppression est « scandaleusement punitive », V. « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », art. préc., p.512.

² Cela fait d'ailleurs réagir le secrétaire général de l'Union syndicale des magistrats, Laurent BEDOUET, qui estime qu'« *il s'agit là, sous des prétextes fallacieux, d'une attaque directe contre les chefs de la Cour de cassation, puisque la question de la présidence de la commission d'avancement n'avait jamais été évoquée, lors des débats parlementaires, jusqu'à l'arrêt qui a tant déplu* ». Il dénonce aussi « *le processus actuel de dénigrement assumé de l'institution judiciaire dans lequel même la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire n'est plus épargnée* ». Rapport moral 2010 au Congrès de l'USM, 19, 20, 21 novembre 2010, site internet de l'USM.

³ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *La réforme institutionnelle deux ans après*, présidé par M. E. BALLADUR, 12 mai 2010, site internet du Sénat, p.12-13. Il est énoncé : « *Les deux cours suprêmes se voient confier une mission de filtre dont le Conseil d'État joue pleinement le jeu, tandis qu'il est trop tôt pour dire de même de la Cour de cassation. [...] Le Comité s'estime en devoir de rappeler que le pouvoir constituant et le législateur organique, suivant en cela ses propres propositions, ont confié au seul Conseil constitutionnel, et non pas aux cours suprêmes des ordres administratifs et judiciaire, le contrôle de constitutionnalité au fond* ».

⁴ Proposition de loi organique n°656 modifiant la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010.

⁵ Il est mentionné dans l'exposé des motifs, juste avant la reprise de la citation précédente du comité BALLADUR, qu'« *après quelques semaines de mise en œuvre de la réforme, un tel pronostic [à savoir une absence de blocage par des juges du filtre] se révèle erroné. Des questions prioritaires de constitutionnalité sont soulevées devant l'ensemble des juridictions administratives et judiciaires françaises qui les traitent « sans délai ». Le Conseil d'État exerce son rôle conformément aux dispositions de la loi organique. Tel n'est pas le cas de la Cour de cassation* ». Après avoir cité les exemples des arrêts du 7 mai 2010 et du 17 mai 2010, il poursuit : «

⁶ Ce qui pourrait être perçu comme une menace à peine voilée, ou *a minima* une incitation appuyée.

été ensuite déposé par la Commission des lois¹. Dans le même esprit que la proposition HYEST, des critiques à l'égard de la position du juge judiciaire sont formulées et des solutions pour y remédier sont proposées, comme par exemple « *la création d'une procédure de nouvel examen par les juridictions suprêmes des décisions de non renvoi au Conseil constitutionnel, à la demande de ce dernier, ce nouvel examen ne portant que sur le respect des deux premiers critères de filtre* ». Plus intéressant encore, le premier président et le Procureur général près de la Cour de cassation sont auditionnés, afin de s'expliquer sur le sujet et de justifier les positions prises par leur juridiction.

195. La réaction de la Cour de cassation : du choc à l'apaisement. Lors de ces auditions, les deux hauts représentants des magistrats du quai de l'Horloge ont explicitement exprimé le choc qui avait été ressenti par leur juridiction à la suite de la suppression de la formation QPC. M. Jean-Louis NADAL est le plus explicite, et considère que « *cette intervention du législateur dans le fonctionnement de la Cour de cassation, modifiant le traitement d'affaires en cours sans concertation aucune, a été ressentie comme un acte d'une grande violence par les magistrats de cette Cour* ». Il continue ensuite en estimant « *qu'il eût été infiniment plus souhaitable que la suppression de la formation ad hoc de la Cour de cassation, qui a été vécue, je le répète, comme une mesure de rétorsion contre la Cour de cassation et comme une atteinte grave à l'indépendance de la justice, soit au moins précédée d'une concertation, d'autant que la Cour de cassation a été au rendez-vous de la question prioritaire de constitutionnalité* ». Vincent LAMANDA estime quant à lui qu'elle découle d'une « *campagne sans précédent* », et qu'« *accumulant approximations, mauvaise foi et désinformation dans le seul but de jeter le discrédit sur la Cour, on a laissé accroire qu'elle avait décidé de faire échec à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Après quelques mois d'application de celle-ci, la campagne n'a pas cessé : il importait en effet d'enfoncer le clou pour que soient prises hâtivement des mesures conduisant vers cette Cour suprême à l'américaine dont rêvent d'aucuns* ». Les mots échangés avec les parlementaires sont ainsi forts, et l'argumentaire des deux juges est très fourni pour apaiser les craintes et justifier les décisions qui avaient suscité les divers points de tensions évoqués *supra*. Ils se justifiaient tant sur la

¹ Rapport d'information n°2838 déposé par la Commission des lois et présenté par M. Jean-Luc WARSMANN et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2010, site internet de l'Assemblée nationale.

question préjudicielle¹, que sur le filtrage² ou même leur refus de transmettre l'examen des questions relatives à l'interprétation de leur jurisprudence³. À la suite de cela, le débat semble progressivement s'apaiser, et les crispations se dissipent peu à peu. D'abord, la Cour de cassation est revenue sur la position qu'elle avait adoptée dans les arrêts du 19 mai 2010 précédemment cités, pour admettre que soient transmises les questions portant directement sur ses propres interprétations⁴. Un nouveau mouvement, qui témoigne d'un « dialogue des juges apaisé », fit ensuite son apparition, et consista à effectuer des revirements de jurisprudence préventifs⁵ visant à mettre en conformité l'interprétation jurisprudentielle avec les droits contenus dans la Constitution. Il n'y a ainsi plus de confrontation directe entre les magistrats du quai de l'Horloge et les sages de la rue de Montpensier, ce qui a été salué dans un rapport d'information postérieur de 2013⁶. L'évocation détaillée de cette évolution nous permet d'imaginer que le développement du contrôle de l'application des lois par la Cour de cassation soit la traduction de sa volonté de préserver l'intérêt de son rôle, en réaction à la QPC.

¹ Les propos, suffisamment clairs pour ne pas mériter de reformulation, seront ici repris dans leur intégralité, afin de ne pas être dénaturés. En ce qui concerne la question préjudicielle posée à la CJUE, le premier président Vincent LAMANDA se défend en énonçant : « *contrairement à ce qui a pu être écrit, cette décision, dont la portée était limitée à cette hypothèse spécifique, ne pouvait avoir pour conséquence de bloquer la réforme. Loin de constituer une manifestation d'opposition à celle-ci, les arrêts avant dire droit du 16 avril 2010 visaient simplement, dans un but de sécurité juridique, à faire trancher une difficulté souvent évoquée lors des débats parlementaires et à prémunir la France contre une éventuelle condamnation par la Cour de justice de l'Union européenne pour manquement à ses obligations. Cette décision tendait seulement à préserver les droits dont disposaient jusque-là les justiciables et à assurer, dans la clarté, la coordination entre les juridictions nationale et européenne* ».

² S'agissant de l'examen du caractère sérieux des QPC, il explique qu'« *il a également été reproché à la Cour de cassation de se substituer au Conseil constitutionnel : elle se livrerait à une véritable analyse du caractère sérieux de la question, alors qu'elle devrait se contenter d'écarter les questions fantaisistes ou à but dilatoire. Animée par le respect de la loi et le souci de la sécurité juridique, la formation prévue à l'article 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 a procédé à un examen approfondi du sérieux des questions. Elle n'a renvoyé que celles paraissant présenter une chance de succès devant le Conseil constitutionnel* ».

³ Nous ne détaillerons pas davantage pour éviter d'alourdir le propos, le premier président cite les travaux parlementaires et les débats au Sénat qui portaient précisément sur cette question. En effet, un amendement en ce sens avait été rejeté, M. Hugues PORTELLI ayant considéré que « *cet amendement nous a laissés quelque peu perplexes : une loi est constitutionnelle ou pas. Nous ne nous intéressons pas ici au contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence, qui est indépendante du texte de la loi* ». Cela permet ensuite au magistrat de déduire logiquement que « *si la Cour de cassation a refusé de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité portant non pas sur le texte d'une disposition législative mais sur sa propre jurisprudence, elle n'a fait que se conformer strictement à la lettre de la loi et à l'intention du législateur organique* ».

⁴ Crim., 5 octobre 2010, n°10-83.090 ; Civ. 3^{ème}, 30 novembre 2010, n°10-16828. V. aussi dans le même sens, Civ. 1^{ère}, 20 février 2013, n°12-20.544 ; Civ. 1^{ère}, 3 septembre 2014, n°14-12.200, *RTD civ.* 2014, note J. HAUSER. Pour une étude plus approfondie du contrôle des interprétations jurisprudentielles et des restrictions qui y sont apportées, V. not. P. DEUMIER, « L'interprétation, entre « disposition législative » et « règle jurisprudentielle », note sous Soc. 03/07/2014, *RTD civ.* 2015, p.84 ; Ch. RADÉ, P. GERVIÉ, « La Cour de cassation et les limites inhérentes à la technique de la QPC : l'immunité constitutionnelle de la jurisprudence », note sous Soc., 28/11/2012, n°11-17.941, *Constitutions* 2013, p.78.

⁵ Crim., 5 octobre 2011, n°11-90.087 ; Crim. 12 avril 2012, n°12-90.004 ; Crim., 26 juin 2012, n°12-80.319.

⁶ Rapport d'information n°842 déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par M. Jean-Jacques URVOAS et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, site internet de l'Assemblée nationale. V. aussi, A. BRETONNEAU, X. DOMINO, « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA* 2012, p.422.

196. Le contrôle de l'application des lois, un contre-coup de la priorité. L'une des justifications permettant d'expliquer le développement du contrôle de l'application des lois peut être certes la volonté de valoriser le principe de subsidiarité, suite çà l'évolution précédemment évoquée dans ses rapports avec la Cour européenne des droits de l'homme. Elle ne permet cependant pas de répondre pleinement à la question « pourquoi maintenant ? pourquoi avoir attendu tant de temps avant de s'approprier cette méthode de contrôle ? ». La concurrence avec le contrôle de constitutionnalité semble pouvoir fournir un début de réponse, à tout le moins la coïncidence du calendrier ne saurait être passée sous silence¹. Les tensions étaient en effet palpables trois ans avant le retentissant arrêt du 4 décembre 2013, et les sanctions directes à l'endroit des juges du quai de l'Horloge. Les propos du premier président Bertrand Louvel, anciennement président de la chambre criminelle, tendent d'ailleurs à valider l'hypothèse. En effet, il estime que « *c'est un fait que, dans notre environnement, des cours ont élargi le périmètre de l'intervention du juge [...]. Le Conseil constitutionnel et la Cour de Strasbourg, dès les années 70, se sont inscrites dans une démarche [...] en rupture avec la tradition légaliste française [...] Pour exercer pleinement son office de Cour suprême nationale, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle. Si notre Cour demeure ce qu'elle a toujours été [...], elle laisse se développer le contrôle de ses propres décisions par des Cours qui ont beaucoup élargi le domaine de réflexion et d'appréciation du juge* »². Ces énonciations semblent être directement en lien avec la résistance préalablement évoquée. N'ayant pu faire face à la priorité du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la Cour de cassation souhaite jouer un rôle majeur dans le contrôle de la loi en fournissant au justiciable une protection de ses droits fondamentaux qui ne trouve pas d'équivalent en droit interne auprès du Conseil constitutionnel. L'objectif clairement affiché est donc d'être « concurrentiel », de se démarquer d'un contrôle qui avait été précisément institué dans le même but. Au mal que constituait l'insuffisance du contrôle de constitutionnalité *a priori* au regard du contrôle de conventionnalité, le remède pour le juge constitutionnel qu'est la QPC avait été trouvé. La priorité a ensuite provoqué une réaction de la Cour de cassation qui a étendu son contrôle à celui de l'application des lois. Se dessine ainsi une concurrence entre le contrôle du juge constitutionnel, cantonné au contenu des lois, et celui des juges judiciaires et administratifs qui portent tant sur leur contenu que leur application.

¹ Pour une belle synthèse des origines d'une « revanche » de la Cour de cassation, de son scénario et de son avenir, v. M. AFROUKH, J. BONNET, « La Cour de cassation et les droits et libertés : la revanche », *RDLF* 2022, chron. n°46.

² Entretien avec Bertrand LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, *JCP G.* n°43, 19/10/2015, p.1122, ou site internet de la Cour de cassation.

II. Le contrôle du Conseil constitutionnel cantonné au contenu des lois

197. Le contrôle du Conseil constitutionnel demeure cantonné au contenu des lois. Le doute est assez peu permis, dans la mesure où la nature de son contrôle est inhérente à sa compétence (A). Toutefois, il semble que ce contrôle du contenu se « concrétise » (B), ce qui justifiera d'ailleurs une fois de plus la nécessité de ne pas utiliser les termes de « contrôle abstrait » et de « contrôle concret » comme critère de distinction principal, dans la mesure où là encore elle ne suffit pas à caractériser avec précision la nature et les rapports entre les contrôles exercés.

A/ Un contrôle du contenu inhérent à sa compétence

198. **Un contrôle cantonné au contenu dès sa création.** Dès les premiers débats qui concernaient l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la question s'est posée de savoir si ce nouveau mode de contrôle, parce qu'il était exercé dans le cadre de l'action en justice, devait ou non prendre en compte les considérations factuelles. La réponse a été très vite donnée dès la préparation de la QPC, la garde des sceaux précisa au sein du rapport relatif au projet de loi organique qu'« *il ne s'agit pas pour autant de faire du Conseil constitutionnel une sorte de super Cour suprême : son contrôle demeure abstrait – il ne touche pas au fond de l'affaire et se limite à la seule question de constitutionnalité qui a été soulevée* »¹. Le contrôle *a posteriori* a donc été pensé sur le modèle du contrôle *a priori*, la norme contrôlée étant en quelque sorte extraite du litige dans lequel elle est contestée afin que son contenu soit soumis au Conseil constitutionnel. Le processus d'analyse est donc le même², l'un des objectifs ayant été de permettre le contrôle d'une norme qui n'avait pas pu être contrôlée auparavant, ou qui l'avait été mais à la lumière d'un contexte différent. La QPC était donc en partie un moyen de « purger » le corpus législatif des normes qui avaient pu passer au travers du contrôle *a priori*,

¹ Au sein du rapport WARSMANN du 3 septembre 2009 relatif au projet de loi organique n°1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le premier président Vincent LAMANDA estime aussi lors de son audition que le contrôle de constitutionnalité « *est un contrôle de légalité visant à vérifier la conformité d'une norme législative avec une norme supérieure, constitutionnelle ; il est réalisé de façon abstraite et aboutit à une décision de portée générale* ».

² Ce qui fait dire au Professeur J. BONNET que « *le législateur organique, de par les modalités d'invocation et de filtrage de la QPC, ainsi que le Conseil constitutionnel par sa volonté de calquer les modalités du contrôle a posteriori sur le contrôle a priori, ont contribué à un rapprochement des deux contrôles* », in « Les contrôles a priori et a posteriori », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/3, n°40, p.105.

en utilisant une méthode de raisonnement semblable : seul le moment diffère, et non l'esprit¹. Le contentieux se présente ainsi comme étant « *un contentieux objectif, c'est-à-dire comme un procès fait à un acte en vue de faire respecter le droit objectif et non le respect des droits subjectifs des personnes* »². Initialement, on aurait pu penser que le fait qu'elle doive s'exercer seulement à l'initiative du justiciable partie à une instance implique que la QPC soit « *décrite comme un mécanisme de contrôle concret au sens procédural* ». Pourtant, « *il est vite apparu que le contrôle exercé sur la loi dans le cadre des décisions QPC conservait un caractère d'abstraction marqué* »³. L'indépendance de la question prioritaire cantonne nécessairement le contrôle du Conseil au contenu du texte.

199. Le cantonnement au contrôle du contenu de la loi par l'indépendance de la QPC. L'article 23-9 de la loi organique précitée prévoit en effet que « *lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question* ». Cette disposition implique nécessairement que le contrôle de la loi soit cantonné à son contenu. En effet, l'objet du contrôle de l'application des lois étant d'écarter la norme uniquement dans le cadre du litige, il ne pourrait être exercé si ce dernier s'est éteint. Cela témoigne du fait que la question est totalement extraite du litige en question⁴, qui serait pourtant au cœur du contrôle de l'application de la loi. L'article 23-5 de la loi organique du 10 décembre 2009 dispose que « *le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire*

¹ Du moins, l'esprit qui a découlé des évolutions impulsées par la jurisprudence du Conseil : rappelons qu'initialement le contrôle *a priori* avait été créé pour s'assurer du respect des normes constitutionnelles d'organisation des pouvoirs.

² V. not. E. DUBOUT, « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p.212. Une telle définition n'est d'ailleurs pas sans rappeler les principes inhérents au recours pour excès de pouvoir présent devant le juge administratif.

³ L. GAY, « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », AIJC, XXIX-2013, *Economica*, 2014, p.55, spéc. p.58. Le Professeur PFERSMANN, avant même que la QPC ne soit entrée en vigueur, considérait quant à lui que la nouvelle procédure était hybride, le caractère d'abstraction du contrôle se démarquant du modèle concret européen, V. O. PFERSMANN, « Le renvoi préjudiciel sur l'exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *LPA* 2008, n°254, p.103.

⁴ Ce dernier, lorsqu'il examine la constitutionnalité de la loi organique de 2009 considère d'ailleurs que « *le Conseil constitutionnel n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée* », décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009, cons. 27.

distinct et motivé »¹. L'indépendance se traduit là encore par la volonté de distinguer le moyen en constitutionnalité du litige en question. Cet aspect témoigne donc d'un contrôle nécessairement cantonné au contenu du texte, dont on apprécie ici la conséquence procédurale. Il se distingue ainsi nécessairement du contrôle de l'application des lois des juges ordinaires, qui n'a d'intérêt que parce qu'il est rattaché à l'instance en cours. Sans même analyser les décisions du Conseil constitutionnel, cette disposition implique un contrôle cantonné au contenu du texte. Cela se confirme lorsqu'il s'agit d'identifier leurs effets.

200. Le cantonnement au contrôle du contenu de la loi par les effets de la QPC. S'agissant des effets de la décision d'inconstitutionnalité, ils sont directement prévus par l'article 62 de la Constitution. Son second alinéa, ajouté par la révision de 2008, dispose qu'« *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* ». Lorsque le juge constitutionnel examine la conformité de la loi en vigueur aux droits contenus dans le bloc de constitutionnalité, son contrôle ne peut ainsi conduire qu'à l'abrogation – qu'elle soit différée ou non – ou au maintien de la norme, *erga omnes*. Certes, la possibilité d'émettre des réserves d'interprétation lui est ouverte, mais elle correspond, tout comme celui identifié chez le juge judiciaire, à un contrôle indirect du contenu de la loi et ne lui a jusqu'ici pas non plus permis de contrôler l'application des textes. Les effets attachés à la QPC cantonnent le Conseil constitutionnel au seul contrôle du contenu de la loi, l'inconformité ne lui permettant que d'aboutir à la disparition du texte. L'analyse de quelques décisions, qu'elles conduisent ou non à la conformité, nous permet de confirmer sans difficulté cette impression. S'agissant des premières, les formules utilisées ne peuvent qu'impliquer un contrôle du contenu du texte. Les plus récurrentes, voire systématiques, sont par exemple : « *les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas [X droit, liberté ou principe], ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution* », ou encore « *[la ou les dispositions contestées, nommée(s)] est/sont conforme(s) à la Constitution* »². S'agissant des secondes, similairement, on retrouve la même formule, par

¹ La disposition se retrouve à l'article 126-2 du Code de procédure civile.

² Le nombre de décisions dans lesquelles ces formules apparaissent est tellement conséquent qu'il ne semble pas nécessaire d'en citer. D'autant que la base de données Légifrance permet assez facilement d'y accéder au travers des filtres « QPC », « conformité ». Sur une période s'étalant du 28 mai 2010 au 13 mai 2022, on peut recenser ainsi 451 décisions de conformité : plus d'une centaine de décisions ont été sélectionnées aléatoirement sur cette période, et conduisent systématiquement au même constat, malgré une évolution de structure, la formule « *la disposition contestée n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit* » étant auparavant autonome.

application de l'article 62, « [la ou les dispositions contestées, nommée(s)] *est/sont contraire(s) à la Constitution* », ou encore, en cas de non-conformité totale « *aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date* »¹, ce qui marque explicitement l'effet *erga omnes* de telles décisions. Lorsqu'une qualification pénale est abrogée, elle peut même avoir un effet rétroactif, le Conseil estimant que « *lorsque l'affaire a été définitivement jugée à [la date de la publication de la décision], la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire* »². La généralité des effets des décisions d'abrogation ne peut ainsi qu'attester du cantonnement au contrôle du contenu des lois du Conseil constitutionnel. Toutefois, on observe que l'irruption du fait dans certains cas semble impliquer un mouvement de « concrétisation » de son contrôle.

B/ Un contrôle du contenu concrétisé

201. La prise en compte progressive d'éléments factuels. Il serait erroné de considérer que la concrétisation du contrôle de constitutionnalité a été opérée par les juges de la rue de Montpensier exclusivement en réaction au contrôle de l'application des lois nouvellement développé par le juge judiciaire³. En effet, ses diverses manifestations peuvent être observées bien avant, y compris dans le cadre du contrôle *a priori*⁴. Il s'agirait, au mieux, d'un facteur d'accélération d'un mouvement déjà sous-jacent. Les Professeurs Julien BONNET et Agnès ROBLOT-TROIZIER considèrent d'ailleurs que « *ces phénomènes de concrétisation du contrôle de constitutionnalité semblent connaître, depuis la concrétisation assumée du contrôle de conventionnalité des lois par les juridictions administratives judiciaires, un accroissement : comme pour répondre à cette évolution du contrôle de conventionnalité de la*

¹ Dans la même période, 122 décisions de non-conformité totale ont ainsi été identifiées, dans lesquelles la formule est systématiquement reprise.

² On citera simplement l'exemple de deux décisions bien connues, Cons. const., 16 septembre 2011, *M. Claude N.*, n°2011163 QPC ; Cons. const., 17 février 2012, *M. Bruno L.*, n°2011-222 QPC, à propos de délits incestueux. À noter que dans la seconde décision, le Conseil se fonde explicitement à plusieurs reprises sur la première pour statuer : la logique du précédent est donc prégnante. Une telle méthode est donc à valoriser, et fera l'objet de développements plus approfondis, v. §369 et suiv. de la thèse.

³ Le mouvement est sans conteste (mais pas seulement) à relier avec la prise en compte par le Conseil des conséquences de sa décision, qui peuvent être très variées. En ce qui concerne le sujet qui nous occupe, il apparaît que le Conseil rend ses décisions en prenant (pour partie seulement) en considération les conséquences qui naîtront vis-à-vis des autres juges, ce qui le conduit à développer des techniques novatrices, V. sur ce sujet, plus largement, S. SALLES, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n°147, 2016, p.159, spéc. p.173, 185.

⁴ V. dans ce sens, M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2011, p.107, §128.

loi, le Conseil constitutionnel doit renforcer l'efficacité et l'attractivité de son contrôle de constitutionnalité des lois et cette réponse s'exprime par la concrétisation accrue de son contrôle de la loi »¹. D'autres facteurs ne sont pas à négliger, qu'ils découlent de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les décisions du Conseil², ou du souhait de ce dernier d'affiner son contrôle en anticipant l'application potentielle d'une norme avant son entrée en vigueur ou en prenant effectivement en compte les conséquences de son application lorsqu'il effectue un contrôle *a posteriori*. Les traductions de la concrétisation sont donc diverses, puisque résultant d'objectifs différents, le contrôle classiquement « abstrait » devenant plus ou moins « concret » selon qu'on accorde plus ou moins d'importance aux faits : ainsi naît un contrôle concret du contenu de la loi, pratiqué par le juge constitutionnel, qui nous semble justifier l'intérêt du choix de la dichotomie proposée dans le travail doctoral. On pourra ainsi distinguer des hypothèses dans lesquelles la concrétisation n'a aucun rapport direct avec l'utilisation du contrôle par le juge judiciaire ou administratif de l'application des lois, de celles qui laissent entendre que le Conseil mobilise des éléments factuels pour anticiper le contrôle postérieurement effectué sous l'angle conventionnel. Divers exemples peuvent être tirés de la jurisprudence du Conseil, avec ou sans lien direct avec l'adoption du contrôle par le juge judiciaire de l'application de la loi.

202. Concrétisation déliée du contrôle de l'application des lois par les juges ordinaires. Dans certains cas, le Conseil va prendre en considération des éléments factuels lorsqu'il étudie le contexte qui entoure la norme soumise à son contrôle. Là encore, des nuances peuvent être apportées, selon que l'on se trouve dans le cadre d'un contrôle exercé *a priori* ou *a posteriori*. Dans le premier cas, il peut être nécessaire pour le Conseil d'étudier l'application

¹ J. BONNET, A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017, p.821, spéc., p.830. V. aussi D. FALLON, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », Congrès AFDC, Lille, 2017 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/1, n°38, p.211 ; L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de conventionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC » in CARTIER (Emmanuel), GAY (Laurence) et VIALA (Alexandre) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.119.

² V. not. sur cette question O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.403 ; B. GENEVOIS, « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.281 ; B. MATHIEU, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence-autorité-conflits-régulation », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011/3, n°32, p.45. L'influence de la Cour de justice de l'Union européenne ne sera d'ailleurs probablement pas non plus à négliger, V. P. PUIG, « Vers un nouveau « dialogue des juges » constitutionnels et européens », *RTD civ.* 2013, p.564.

potentielle du texte, en prenant en compte les faits prévisibles qui l'entoureront¹. Cela implique de simuler, en amont, l'application du texte, et donc d'intégrer le fait dans la décision². Dans le second cas, si on peut certes raisonner de la même façon³, il faut ajouter un paramètre essentiel : la loi est déjà entrée en vigueur, et ce parfois depuis de nombreuses années. Cela permet d'aboutir à une triple conclusion, déduite de ce seul constat, indépendamment de toute question de concurrence entre juges. D'abord, elle aura déjà été appliquée, si bien que les considérations factuelles ne sont plus envisageables mais constatables. Ensuite, elle aura pu faire l'objet d'un examen de constitutionnalité *a priori*, si bien qu'il faudra prouver un changement de circonstances pour que la QPC puisse être admise⁴. Enfin, en cas d'inconstitutionnalité de la disposition, son abrogation immédiate⁵ pourrait créer un vide, qu'il convient d'anticiper⁶. Ainsi, dans ces trois cas, il est nécessaire d'intégrer les faits dans le raisonnement décisionnel. S'agissant du contrôle de la loi appliquée, déjà interprétée par les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif, le fait est intégré dans la décision du Conseil par le contrôle des interprétations constantes⁷. S'agissant de l'appréciation du changement de circonstances de

¹ Pour davantage de développements sur cette question, V. par ex. J.-J. PARDINI, « L'opération de qualification des faits dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.335.

² Le premier exemple qui peut être donné est celui de la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'Association*, n°71-44 DC (GDCC, 18^e ed., n°29 ; RDP 1971, p.1171, comm. J. ROBERT ; AJDA 1971, p.537, note J. RIVERO) où le juge, en se demandant si le système devait organiser un contrôle préventif des associations, avait nécessairement dû anticiper, et ce factuellement, les possibilités pour l'autorité administrative ou même judiciaire d'entraver ladite liberté. C'est aussi le cas dans la décision du 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, n°80-127 DC ou encore du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, n°2009-599 DC, où était en cause le principe d'égalité, terrain particulièrement propice à la prise en compte du fait dans le raisonnement du juge.

³ Ce qui traduit une identité de méthodes dans les deux contrôles, comme on le constate dans la décision du 21 février 2012, *Mme Marine LE PEN*, n°2012-233 QPC.

⁴ Ce que permet la loi organique de 2009 en son article 23-2, 2° qui dispose que pour pouvoir être transmise dans une QPC, la disposition contestée ne doit pas avoir « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». L'appréciation de la nature des « circonstances » est donc laissée au Conseil.

⁵ Pour une étude sur les effets de l'abrogation et les incertitudes qui en découlent dès les débuts de la QPC, V. par ex. X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA* 2011, n°4, p.761.

⁶ Le constituant l'avait d'ailleurs prévu, et laisse une grande marge de manœuvre au juge puisqu'il énonce à l'article 62 précité de la Constitution que « le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

⁷ Par exemple, dans la décision n°2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* précitée, le Conseil considère que « la disposition contestée, dans la portée que lui donne la jurisprudence constante de la Cour de cassation, empêche que, par la voie de l'adoption simple, un enfant mineur puisse voir établir un deuxième lien de filiation à l'égard du concubin ou du partenaire de son père ou sa mère ; que, toutefois, cette disposition ne fait aucunement obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix ; qu'elle ne fait pas davantage obstacle à ce que ce parent associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et la vie de l'enfant ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive » (cons. 8). On le perçoit, ce sont des considérations essentiellement factuelles, découlant de l'interprétation que faisait la Cour de cassation du texte qui permettent au Conseil de juger la disposition conforme à la Constitution.

faits pour justifier de la recevabilité d'une question, ce sont précisément des faits qui justifient l'examen d'une norme déjà déclarée constitutionnelle. Le meilleur exemple reste celui de la garde à vue. En effet, dans la décision du 30 juillet 2010¹, le juge constitutionnel soutient que « *des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale. [...] Une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci. La garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause [...]. Ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures [...]. Ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées* ». Là encore, c'est bien parce que les dispositions ont été appliquées que le fait s'introduit dans le raisonnement. C'est aussi le cas lorsque le Conseil diffère l'abrogation de la norme déclarée inconstitutionnelle : il donne, pendant le laps de temps laissé au législateur pour réagir, sa propre conception de la façon dont la norme doit être appliquée en utilisant des « réserves transitoires » (ou « normes transitoires »). Pour ce faire, il se plonge nécessairement dans des considérations factuelles précises². Ces aspects témoignent d'une concrétisation qui découle de la nature même d'un contrôle de constitutionnalité qui intervient après que la loi a reçu application. Peu après l'adoption par les juges judiciaire et administratif du contrôle de l'application des lois, il semble que le Conseil ait intensifié cette concrétisation.

203. Concrétisation liée au contrôle de l'application des lois par les juges ordinaires.

En préambule, précisons que le juge constitutionnel, inspiré par celui de Strasbourg, contrôle l'atteinte à une liberté individuelle au travers d'un contrôle de proportionnalité. En effet, il vérifie que la mesure prise par le législateur est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi pour lui permettre de limiter la liberté fondamentale en cause³. Ce contrôle ne restait pourtant qu'abstrait, et « *relevait de la simple rhétorique juridictionnelle* »⁴. Toutefois, depuis

¹ Cons. const., 30 juillet 2010, n°2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres*, cons. 15, 16, 18.

² Par exemple, Cons. const., 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.*, n°2015-506 QPC ; Cons. const. 21 octobre 2016, *La quadrature du net et autres*, n°2016-590 QPC.

³ V. par exemple Cons. const. 21 février 2008, n°2008-562, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 13 à 23 ; ou encore Cons. const. 10 juin 2009, n°2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15.

⁴ J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc. p.830. Pour une étude complète de l'évolution du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, V.

que les juges administratif et judiciaire ont explicité le contrôle de l'application des lois, le Conseil a fait évoluer sa jurisprudence en la matière pour vérifier beaucoup plus concrètement que les trois conditions sont remplies. On peut ainsi observer dans trois arrêts rendus début 2017, tant dans le cadre de son contrôle *a priori*¹ qu'*a posteriori*², qu'une motivation très détaillée entoure le triple test³, et que chacune des conditions fait l'objet d'une étude plus approfondie et concrète. Par exemple, dans la décision QPC précitée, l'exigence de nécessité est appréciée de manière beaucoup plus détaillée: « *au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution* ». Il en est de même concernant le test de l'adaptation et de la proportionnalité de la mesure : « *en second lieu, s'agissant des exigences d'adaptation et de proportionnalité requises en matière d'atteinte à la liberté de communication, les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services. Ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation [...]. Si le législateur a exclu la pénalisation de la consultation effectuée de « bonne foi », les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer la portée que le législateur a entendu attribuer à cette exemption alors même que l'incrimination instituée, ainsi qu'il vient d'être rappelé, ne requiert*

J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n°146, 2015.

¹ Cons. const. 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, n°2016-745 DC ; Cons. const. 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, n°2017-747 DC, précitée.

² Cons. const., 10 février 2017, *M. David P.* [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes], n°2016-611 QPC.

³ Il convient de noter que le contrôle de proportionnalité qu'exerce le Conseil constitutionnel s'est davantage inspiré du modèle allemand que de celui exercé par la Cour européenne, comme ne manque pas de le mentionner le Professeur SUDRE, V. « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doct. 289, p.502, spéc. p.506, §14. Pour davantage de détails sur l'exercice du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil, V. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA* 2021, p.786.

pas que l'auteur des faits soit animé d'une intention terroriste. Dès lors, les dispositions contestées font peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations ».

204. Ensuite, l'intrusion accrue du fait dans la jurisprudence constitutionnelle peut être aussi observée lorsque le Conseil formule des réserves d'interprétations, ces dernières devenant « *de plus en plus précises et concrètes* »¹, que ce soit encore une fois dans des décisions DC² ou QPC³. En effet, dans chacune d'elles, le juge constitutionnel entre dans des détails factuels qui fondent quasi exclusivement la réserve, et guident l'interprétation qui doit être faite de la disposition par le juge pour qu'elle puisse être considérée comme étant conforme à la Constitution. De telles réserves auraient presque pu être formulées en matière pénale par le juge judiciaire chargé d'appliquer le texte et d'en adopter une interprétation stricte, ce qui constitue un véritable guide interprétatif pour le juge ordinaire directement confronté à des faits similaires⁴. D'autant que nous avons observé qu'une telle forme de contrôle était bien présente dans la jurisprudence de la Cour de cassation s'agissant de certaines formes de contrôle indirect du contenu de la loi⁵. Comme le souligne très justement la Professeure DEUMIER, le Conseil renforce par-là l'autorité de ses décisions à l'égard des juges ordinaires, et ce en utilisant un contrôle concrétisé.

205. Cette volonté s'illustre aussi notamment lorsqu'il met en œuvre son pouvoir de modulation d'une loi déclarée inconstitutionnelle, au travers de réserves d'interprétation transitoires. Selon les Professeurs BONNET et ROBLOT-TROIZIER, « *là encore, le Conseil ne s'est pas contenté d'un contrôle abstrait de la loi, ou plus exactement il a déterminé les*

¹ J. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc. p.831.

² Cons. const. 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, n°2017-747 DC.

³ Cons. const., 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et autres*, n°2016-606/607 QPC (§23) ; Cons. const., 16 mars 2017, *M. Softyan I.*, n°2017-624 QPC, (§17).

⁴ Dans la décision du 16 mars 2017 précitée, le Conseil vient assortir sa décision d'une réserve d'interprétation qui précise très clairement les faits qui ne sauraient être constitutifs de l'infraction : « *la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées, sauf à méconnaître la liberté d'expression et de communication* » (§14), ou encore « *le délit d'entrave [...], ne saurait être constitué qu'à deux conditions : que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière* » (§15).

⁵ V. §36 et suivants de la thèse.

conséquences de l'inconstitutionnalité de la loi par la prise en compte d'une situation concrète et factuelle »¹. Enfin, l'appréciation d'un changement de circonstances de faits se concrétise encore davantage. À la suite d'une réserve d'interprétation du Conseil dans une décision antérieure, sa mise en œuvre ultérieure avait été rendue délicate par la survenance de faits qui n'avaient justement pas été envisagés. Cette hypothèse ouvre la possibilité pour le justiciable d'invoquer sa difficile mise en œuvre du fait de la spécificité de son affaire pour justifier la présence d'un changement de circonstances de fait, qui lui ouvre l'accès au contrôle *a posteriori*². La situation particulière du requérant met donc en lumière une potentielle inconstitutionnalité qui n'avait pas été envisagée par le Conseil dans le cadre de sa précédente réserve d'interprétation. Cela justifie l'admission de la question et marque un pas supplémentaire vers la concrétisation. Toutefois, ce contrôle « concrétisé » n'en demeure pas moins toujours différent du contrôle de l'application des lois exercé par le juge judiciaire.

206. Le cantonnement au contrôle du contenu en dépit de cette double concrétisation. Tout d'abord, il convient d'apporter une précision qui peut sembler évidente : le contrôle de constitutionnalité *a priori* ne peut conduire, en aucun cas, à un contrôle de l'application des lois tel qu'il a été identifié dans la jurisprudence du juge judiciaire. Cela découle du simple fait qu'il est exercé hors du cadre du litige, si bien que malgré la « concrétisation » qu'on a pu constater, il est et demeurera cantonné au contenu des lois non promulguées. La question est toutefois plus épineuse s'agissant de la QPC. En effet, potentiellement, le contrôle étant exercé *a posteriori*, il serait envisageable d'imaginer qu'il puisse conduire à un contrôle de l'application des lois³. Toutefois, dans les arrêts les plus récents qui ont pu être identifiés, les faits énoncés ne sont pas ceux qui concernent l'affaire à proprement parler, mais ceux qui seraient potentiellement identifiables dans de nombreuses situations⁴, tout comme cela avait d'ailleurs été observé en matière d'interprétation conforme

¹ J. BONNET, A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », art. préc., spéc. p.832, à propos de la décision du Conseil du 31 mai 2017, *Association En marche!*, n°2017-651 QPC.

² Cette nouvelle voie d'accès a été ouverte dans deux décisions du même jour rendues en matière fiscale, Cons. const. 7 juillet 2017, n°2017-642 QPC, *M. Alain C.* et Cons. Const., 7 juillet 2017, *M. Amar H. et autre*, n°2017-643/650 QPC. Dans la seconde décision, on peut en effet lire : « [Les dispositions qui avaient fait précédemment l'objet d'une réserve d'interprétation] sont identiques à celles contestées par les requérants dans les présentes questions prioritaires de constitutionnalité. Toutefois, le Conseil d'État a saisi le Conseil constitutionnel des présentes questions prioritaires de constitutionnalité au motif que la réserve d'interprétation [ne peut s'appliquer en l'espèce de la même façon]. Cette difficulté dans la détermination du champ d'application d'une réserve d'interprétation, qui affecte la portée de la disposition législative critiquée, constitue un changement des circonstances justifiant, en l'espèce, le réexamen des dispositions contestées ».

³ De telles perspectives seront étudiées *infra.* V. §225 de la thèse.

⁴ Cela conduit à une distinction opérée par la Professeure GAY entre les « faits généraux » et « faits du litige », autrement nommés « faits législatifs » et « faits judiciaires ». V. L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de

du juge judiciaire. Par exemple, dans l'affaire *M. Ahmed M. et autres*¹, il est question d'apprécier la constitutionnalité de dispositions qui concernaient les contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République². Les sages de la rue de Montpensier jugent que « *les réquisitions du procureur de la République ne peuvent viser que des lieux et des périodes de temps déterminés. Ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir, autoriser le procureur de la République à retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions. Elles ne sauraient non plus autoriser, en particulier par un cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents, la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans l'espace* ». Comme le souligne la Professeure GAY, « *ce que semble refuser le Conseil constitutionnel est de prendre en compte les faits du litige quand ils révèlent une situation particulière, ne correspondant pas forcément au cas général soumis à la loi. [...] Une déclaration de constitutionnalité abstraite ne peut être associée en France au constat d'une inconstitutionnalité dans le cas d'espèce* »³. Une différence majeure subsiste donc, le contrôle « concrétisé » du Conseil conservant les principaux caractères de « l'abstrait ». Qu'il s'agisse des réserves d'interprétation « concrétisées », du contrôle de proportionnalité fondé sur des éléments factuels, ou encore de la concrétisation de l'appréciation du changement de circonstances, toutes ces décisions ont vocation à s'imposer au plus grand nombre : la méthode consiste ainsi à utiliser la précision des faits de manière anticipatoire, gardant à l'esprit que les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif seront amenées à traiter des situations semblables. La concrétisation est donc clairement identifiable, mais n'est pas comparable au contrôle effectué par le juge judiciaire et administratif. Dans ce dernier cas, le fait est mobilisé pour écarter la norme, tandis que le Conseil l'évoque pour en préciser les contours et mieux imposer ses appréciations. Cette affirmation est bien résumée par Thibaut LARROUTUROU qui conclut que « *le contrôle du Conseil constitutionnel demeure résolument abstrait. Certes celui-ci prend de plus en plus en considération les faits législatifs afin d'ajuster son appréciation de la loi à la réalité de son*

constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC » in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.123 ; J.-J. PARDINI, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de constitutionnalité des lois », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p.224. V. aussi, Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, spéc. p.477, §705.

¹ Cons. const., 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et autres*, n°2016-606/607 QPC, déc. préc., §23.

² Le Conseil constitutionnel est ainsi saisi du sixième alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, devenu ultérieurement le septième alinéa de ce même article, de l'article 78-2-2 du même Code, et des articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit.

³ L. GAY, « Redéfinir le contrôle concret de conventionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », art préc., p.119, spéc. p.144.

application aux situations les plus communes »¹. Similairement au contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, s'illustre l'inadaptation de distinction « contrôle abstrait » et « contrôle concret », liée à l'objet et aux effets du contrôle. En revanche, évoquer le contrôle du « contenu » et de « l'application », combinée au caractère concret du contrôle, nous semble davantage approprié et moins susceptible de générer des confusions². Le contrôle du Conseil constitutionnel est donc exclusivement cantonné au contenu du texte. Il peut prendre une dimension abstraite, ou bien concrète lorsqu'une réserve d'interprétation est émise. Ainsi, l'analyse comparative des contrôles du juge judiciaire et constitutionnel conduit au constat d'une absence d'identité qui les rend complémentaires.

Section 2 : La double complémentarité des contrôles

207. Les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité sont indéniablement complémentaires. Cette complémentarité découle justement de la compétence du juge constitutionnel à contrôler le contenu des lois, et de celle des juges ordinaires à contrôler tant leur contenu que leur application. Ainsi, une double complémentarité peut être caractérisée : d'abord, celle des contrôles du contenu de la loi (I), acquise dès l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité ; et ensuite, celle du contrôle du contenu par le Conseil constitutionnel avec le contrôle de son application nouvellement exercé par les juges ordinaires (II).

I. La complémentarité des contrôles du contenu de la loi

208. Confier le contrôle du contenu d'une même loi, à deux juges distincts, dont les effets diffèrent, et par référence à des sources différentes de droits fondamentaux, et ce sans autre règle que celle de la priorité de l'un sur l'autre, aurait pu conduire à des disparités dans leurs résultats qui auraient gravement nuit à la cohérence du système. Il apparaît toutefois que ce risque est à relativiser, et que la complémentarité des contrôles est précisément permise par

¹ Th. LARROUTUROU, *op. cit.* p.479, §708.

² Pour rappel, Monsieur LARROUTUROU estime d'ailleurs que la distinction entre « contrôle abstrait » et « contrôle concret » n'est pas la plus appropriée, V. *op. cit.*, p.477, §705. Sur les difficultés liées à cette dichotomie en matière constitutionnelle, V. aussi A. VIDAL-NAQUET, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p.196 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « La singularité du contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/1, n°38, p.211.

l'harmonisation des contrôles (A) qui conduisent finalement à des résultats similaires. La complémentarité des contrôles du contenu des lois est aussi renforcée par le fait qu'ils peuvent parfois se cumuler dans une même affaire (B).

A/ La complémentarité par l'harmonisation des interprétations

209. Facteur d'harmonisation : conventionnalisation de la question de constitutionnalité. Après plusieurs années d'application de la QPC, il peut être observé que les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité tendent, tant sur les méthodes¹ que sur le fond, à se rapprocher. Le mouvement est tel que certains se sont même interrogés sur le point de savoir s'il n'y aurait pas une forme de « conventionnalisation du contrôle de constitutionnalité »². Monsieur Thibaut LARROUTUROU articule d'ailleurs son travail de thèse sur cet aspect, en établissant tant la « *conventionnalisation de la question de constitutionnalité* » que la « *constitutionnalisation du contrôle de conventionnalité* »³. Le premier mouvement implique que le Conseil constitutionnel s'inspire du contrôle de conventionnalité, soit en y consentant, soit sous la contrainte⁴. Sous l'influence de la Cour européenne⁵, juge judiciaire et Conseil constitutionnel auront donc tendance à progressivement adopter des positionnements harmonieux, afin d'éviter qu'un système soit beaucoup plus protecteur que l'autre⁶. De plus, les normes examinées sont bien souvent les mêmes, et les droits

¹ On a par exemple pu l'observer en étudiant la concrétisation du contrôle de constitutionnalité, notamment au travers des réserves d'interprétation.

² Le mouvement est étudié par la Professeure VIDAL-NAQUET, « Vers la « conventionnalisation » du contrôle de constitutionnalité ? » in P. GAÏA, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'Institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.29.

³ V. Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, les deux mouvements correspondant respectivement à la première et seconde partie de son important travail de recherche.

⁴ Comme le souligne Madame DROUILLER, en abordant la question sous l'angle des relations entre ordre(s) public(s) et droits fondamentaux, le juge constitutionnel harmoniserait spontanément ses pratiques avec celles des juges de la conventionnalité, tandis qu'il y serait plutôt contraint en ce qui concerne ses positionnements, V. C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux, contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, IFJD, 2021, p.553 et suiv.

⁵ Comme le souligne le Président J.-L. DEBRÉ, « *J'ai souvent dit dans de précédents colloques combien nous veillons à la cohérence de notre jurisprudence avec celle de la Cour de Strasbourg. Cette prise en compte crée une présomption de conformité conventionnelle en cas de conformité constitutionnelle* », J.-L. DEBRÉ, « Un renouveau du dialogue constitutionnel » in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.271, spéc. p.274. V. aussi B. WARUSFEL, A. JAURÉGUIBERRY, « Le Conseil constitutionnel dans le concret juridictionnel européen : de la concurrence impossible au partenariat normatif », *ibid.*, p.163, spéc. p.171 ; P. WACHMANN, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.797, spéc. p.808.

⁶ V. dans ce sens, O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », à l'occasion de la visite de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil

sous l'empire desquels elles sont contrôlées étant analogues, une divergence des contrôles du contenu de la loi serait flagrante. Comme le souligne la Professeure VIDAL-NAQUET, l'harmonisation peut être aussi stratégique : le Conseil souhaite éviter au maximum que ses interprétations soient désavouées par un autre juge lors du contrôle de conventionnalité – qu'il soit exercé par le juge judiciaire, administratif ou par la Cour européenne – et tendra donc à anticiper les positions qui seront prises par la suite en observant la jurisprudence européenne sur la question qui l'occupe¹, établissant ainsi une forme de « *dialogue sans paroles* »² avec les juges de Strasbourg. Il consent même parfois, et ce notamment lors des débuts de la QPC, à assurer un niveau de protection plus élevé. Dans ce dernier cas, le Conseil peut par exemple estimer une loi contraire à la Constitution, alors qu'elle avait été jugée conventionnelle³. On se trouve donc dans un cas de « plus-value constitutionnelle »⁴ : les deux positions ne sont certes pas harmonisées, mais cela n'atteint pas la cohérence du système de contrôle de la loi promulguée, dans la mesure où cette situation est permise, voire encouragée, par la Cour européenne des droits de l'homme. De surcroît, la norme disparaît, et ne peut plus faire l'objet d'un contrôle postérieur de conventionnalité : point de divergence possible donc. Néanmoins, il serait abusif de considérer que le mouvement d'harmonisation est homogène, puisqu' « *il ne*

constitutionnel le 13 février 2009, site du Conseil constitutionnel. L'auteur souligne que « *dans le cadre du contrôle de conventionnalité, c'est-à-dire de conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme, que le Conseil constitutionnel leur a abandonné, le Conseil d'État et la Cour de Cassation sont tenus de se conformer à la jurisprudence de Strasbourg, sous peine de voir leurs décisions désavouées et la France condamnée pour violation de la Convention. Le Conseil constitutionnel, s'il veut garantir l'unité de l'ordre juridique français et la sécurité juridique qui en découle pour les justiciables, est donc tenu de s'inspirer, lui aussi, étroitement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* ». Il convient aussi de mentionner que le dialogue entre Cour européenne des droits de l'homme et Conseil constitutionnel devrait être renforcé à l'aune de la ratification du protocole 16 évoquée au chapitre précédent, le Professeur SUDRE estimant d'ailleurs que « *le Conseil constitutionnel devrait prendre pleinement sa part à la nouvelle procédure d'avis consultatif* », F. SUDRE, « De QPC en QPC...ou le Conseil constitutionnel, juge de la Convention EDH », *JCP G*, n°41, 6 octobre 2014, doct. 1027, spéc. p.1800.

¹ M. Arnaud JAURÉGUIBERRY montre d'ailleurs que « *dans les commentaires des décisions, la Convention EDH est de plus en plus utilisée pour conforter la décision du Conseil, qu'il s'agisse d'une déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité de la loi, ou au contraire, pour souligner la singularité du droit constitutionnel. Le droit de la Convention sert à expliquer et à justifier la solution retenue par le Conseil constitutionnel. [...] La jurisprudence de la Cour EDH passe progressivement de l'ombre à la lumière par la voie du commentaire de la décision, n'ayant pas valeur juridique. Il est remarquable qu'aux yeux de la Cour EDH, la décision et son commentaire forment un tout : la Cour a ainsi pu énoncer la pensée du Conseil constitutionnel à la lumière des explications fournies dans le commentaire d'une décision* », V. A. JAURÉGUIBERRY, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2013, p.10, spéc. p.20-21.

² Pour reprendre l'expression du président Bruno GENEVOIS, « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.281. Pour une critique de cette admission seulement implicite, V. par ex. D. SZYMCZAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : l'europanisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français », *Jus politicum*, 2012, n°7, p.14.

³ Cons. const. 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et a.*, n°2010-6/7 QPC ; Cons. const. 10 décembre 2010, *M. Alain D. et a.*, n°2010-72/82 QPC. ; Cons. const., 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et a.*, n°2010-15/23 QPC..

⁴ Selon l'expression de M. AFROUKH, « La modulation des peines », *RFDA* 2012, p.625 ; V. aussi C. DROUILLER, *op. cit.* p.649, qui consacre un développement approfondi à cet aspect.

faut pas surestimer ce mouvement de conventionnalisation, qui n'a rien de systématique dans sa pratique. Cette dernière s'avère, en réalité, à la fois inégale dans sa mise en œuvre et sélective dans son objet »¹. Il y aurait donc différents degrés de « conventionnalisation » dans la jurisprudence du Conseil. D'ailleurs, les magistrats de la Cour de cassation admettent même qu'une décision de condamnation de la Cour européenne puisse constituer un changement de circonstances de droit qui en permettrait l'admission², ce qui témoigne de l'influence de la jurisprudence européenne sur l'admission des questions prioritaires de constitutionnalité. Les exemples, sans exhaustivité³, de l'inspiration européenne accueillie sont assez variés.

Le Conseil constitutionnel peut purger des dispositions préalablement déclarées inconventionnelles – comme dans le cas de de l'affaire *Perruche*⁴, ou concernant des dispositions relatives à la confiscation des marchandises et objets saisis en douanes⁵ – ou qui le seraient potentiellement⁶. Il s'inspire aussi parfois du contrôle de conventionnalité pour élargir le spectre de sa propre norme, comme ce fut le cas pour le droit à la dignité humaine⁷. L'harmonisation est ici en grande partie contrainte, mais l'exemple le plus marquant qui illustre cette idée reste celui des lois de validation⁸, où une résistance initiale a cédé sa place au profit d'un alignement matériel du contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité exercé tant par la Cour européenne que par la Cour de cassation. La divergence initiale des contrôles sur cette question résulte des effets radicaux de ces normes : le législateur adopte une

¹ A. VIDAL-NAQUET, « Vers la « conventionnalisation » du contrôle de constitutionnalité ? », art. préc., spéc. p.34. V. aussi le contenu du titre II de la première partie de la thèse de Monsieur LARROUTUROU, très justement intitulée « L'influence inégale du droit conventionnel sur le traitement des questions de constitutionnalité », *op. cit.*, p.159 et suiv.

² Crim., 20 août 2014, n°14-80.394, V. par ex. S. SLAMA, « Une décision de la Cour EDH condamnant la France constitue un changement de circonstances de droit permettant de surmonter un brevet de constitutionnalité », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 29 août 2014.

³ V. C. DROUILLER, *op. cit.* p.663 et suiv. pour davantage de détails.

⁴ Le Conseil constitutionnel (Cons. const. 11 juin 2010, n°2010-2 QPC, *Mme Lazare*) avait pris la même position que la Cour européenne (CEDH, gr. ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, et n°11810/03, *Maurice c/ France*) en jugeant contraire à la Constitution les dispositions de droit transitoire de la loi du 4 mars 2002 en ce qu'elle interdisait de se prévaloir d'un « préjudice de naissance », en réaction au célèbre arrêt *Perruche* de la Cour de cassation du 17 novembre 2000, n°99-13.701. V. par ex. pour un résumé complet de l'affaire, V. LARRIBAUTERNEYRE, Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit des obligations*, Dalloz, coll. « Sirey », 17^{ème} édition, 2020-2021, §2338.

⁵ Cons. const., 13 janvier 2012, *Consorts B*, n°2011-208 QPC.

⁶ Cons. const., 2 juillet 2010, *Consorts C.*, n°2010-10 QPC; Cons. Const. 29 novembre 2013, *Sté Westgate Charters Ltd*, n°2013-301 QPC ; Cons. const. 4 novembre 2016, *Mme Sylvie T*, n°2016-594 QPC ; Cons. const., 27 octobre 2017, *M. Mickhail P*, n°2017-670 QPC.

⁷ Cons. const., 27 juillet 1994, *Loi sur la bioéthique*, n°94-343 DC.

⁸ V. not. J. MASSOT, « Le juge et les validations législatives : un chœur à cinq voix non sans dissonances », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.708 ; P. DEUMIER, « Les lois de validation et le dialogue des juges », *RTD civ.* 2014, p.604 ; X. PRÉTOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... », in *Le nouveau constitutionnalisme*, mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Economica, 2001, p.219 ; et sous l'angle de la subordination de l'ordre public constitutionnel à l'ordre public conventionnel, V. C. DROUILLER, *op. cit.*, p.697.

loi rétroactive précisément en vue de neutraliser les effets d'une jurisprudence qui aurait invalidé un acte dont la légalité était contestée, l'objectif étant de préserver ce dernier. Initialement, le Conseil adoptait une position plutôt souple¹ en ne limitant l'adoption de telles normes qu'en matière pénale. Il durcit ensuite son contrôle en y ajoutant deux autres conditions² : que le législateur ne s'imisce pas dans l'exercice du pouvoir juridictionnel, et qu'un « motif d'intérêt général » soutienne l'adoption d'un tel texte. Ce dernier critère sera le plus déterminant, le Conseil l'érigant en tant qu'élément principal de son contrôle³, et sera aussi la principale source de divergence avec la Cour européenne et les juges judiciaires et administratifs. En effet, saisis d'une loi de validation déclarée conforme à la Constitution par les juges du Palais-Royal, les juges du Palais des droits de l'homme rendent le célèbre arrêt *Zielinski*⁴ qui entre en contradiction directe avec cette interprétation, exigeant que le motif d'intérêt général gouvernant l'adoption d'une telle norme soit « impérieux »⁵. La différence terminologique, aussi infime semble-t-elle de prime abord, est en réalité de taille, puisqu'elle aboutit à une différence radicale de solution : le Conseil n'y reste pas insensible, puisqu'il adopte ensuite une formule proche, celle de la nécessité d'un motif d'intérêt général « suffisant »⁶. Toutefois, les divergences demeurent, et tant la Cour de cassation⁷ que le Conseil d'État⁸ se rangent aux exigences européennes en la matière, reprenant l'expression de la CourEDH, et n'hésitent pas à s'opposer frontalement aux appréciations en constitutionnalité du juge constitutionnel. La Cour administrative d'appel de Paris suit aussi cette direction⁹ en invalidant un texte pourtant jugé constitutionnel cette fois dans le cadre d'une QPC¹⁰, si bien que le Conseil en vient à être déjugé tant par la Cour européenne, par les juridictions suprêmes des deux ordres, que par les juges du fond. L'alignement était donc inévitable, si bien que par une décision QPC du 14 février 2014¹¹ il abandonne le critère du motif d'intérêt général « suffisant » pour adopter l'adjectif « impérieux » issu du contrôle de conventionnalité¹². Ce

¹ Cons. const., 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*, n°80-119 DC, cons. 7.

² Cons. const., 29 juillet 1986, *LFR pour 1986*, n°86-223 DC.

³ V. par ex. Cons. const., 28 décembre 1995, *LF pour 1996*, n°95-369 DC.

⁴ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales et a. c/ France*, n°24846/94.

⁵ Déc. préc. §57.

⁶ Cons. const., 29 décembre 1999, *LFR pour 1999*, n°99-425 DC.

⁷ Cass. soc., 24 avril 2001, n°00-44.148 ; Cass. soc., 26 avril 2001 ; Cass. com., 20 novembre 2001, n°98-15.597 ; Ass. plén., 23 janvier 2004, n°03-13.617.

⁸ CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoires Génévrier*, n°257797 ; CE, Ass., 8 février 2007, n°279522 ; CE, 21 décembre 2007, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n°298463.

⁹ CAA Paris, 18 juin 2012, *Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création et Ville de Paris*, n°11PA00758 et n°11PA00812.

¹⁰ Cons. const., 24 février 2012, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne*, n°2011-224.

¹¹ Cons. const., 14 février 2014, n°2013-366 QPC, *SELARL PJA*,

¹² V. par exemple, §324 de la thèse.

contentieux des lois de validation est donc l'illustration de la capacité des juges à observer les solutions de leurs homologues : le juge judiciaire comme le juge administratif auront tendance à s'inspirer des interprétations de la Cour européenne plus qu'à celles du Conseil. Ce dernier, afin d'éviter des divergences d'appréciation qui conduiraient à amoindrir la protection constitutionnelle, prend ensuite ces évolutions en considération pour faire muter ses propres critères de contrôle. Sans que les deux ne soient totalement alignés, l'objectif est de les rendre compatibles et de permettre leur invocation mutuelle par le justiciable.

210. Facteur d'harmonisation : constitutionnalisation du contrôle de conventionnalité. Le second mouvement observé, qui permet une harmonisation des contrôles, résulte en partie de l'autorité des décisions du juge constitutionnel sur celles du juge ordinaire. Cet aspect, déjà très largement étudié¹, ne sera ici que très brièvement mentionné. L'hypothèse selon laquelle « *les décisions du Conseil constitutionnel ont, dans une certaine mesure, une véritable autorité sur les juges internes de la conventionnalité* »² emporte pleinement notre adhésion. L'existence d'un « *sentiment de contrainte au sein des juges de la conventionnalité* »³ n'implique pas nécessairement la caractérisation d'une autorité juridique des décisions du Conseil sur le contrôle de conventionnalité, mais plutôt une « *autorité directive de la chose validée* »⁴. Quel que soit le terme choisi, du point de vue du contrôle du contenu du texte, il en résulte que lorsque le Conseil constitutionnel constate la constitutionnalité du texte, le juge judiciaire suit la même voie⁵. Une autre traduction de la constitutionnalisation du contrôle de conventionnalité réside dans le fait que le juge ordinaire, par son rôle de filtre, se familiarise avec le contrôle de constitutionnalité⁶ lorsqu'une décision de renvoi ou de non-renvoi est

¹ V. en premier lieu la thèse de Monsieur LARROUTUROU, qui y consacre d'amples développements. V. plus particulièrement en ce qui concerne notre propos, *op. cit.*, p.354 à p.371 ; X. MAGNON, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force » de chose jugée », *RFDA* 2013, n°4, p.859, l'auteur recensant la plupart des travaux sur le sujet.

² Th. LARROUTUROU, *op. cit.* p.355, §527.

³ *Ibid.*, §529 et suiv.

⁴ *Ibid.*, p.364, §538 et suiv.

⁵ Dans ce sens, P. DEUMIER, « Conventionnalité et constitutionnalité devant les juges du fond », art. préc., spéc. p.63, « *Soit cette décision [QPC] a déclaré l'abrogation immédiate de la disposition, rendant sans objet le contrôle de conventionnalité. Soit elle a conclu à la conformité : dans ce cas, le contrôle abstrait de conventionnalité risque d'être peu porteur, eu égard au souci de convergence des appréciations que nous avons constaté* ». On peut raisonner sensiblement de la même manière lorsqu'une décision du Conseil a été rendue dans le cadre de son contrôle *a priori*, peu de temps avant que le juge judiciaire ait été saisi et que le moyen de conventionnalité ait été invoqué.

⁶ V. par ex., P. DELMOTTE, « La familiarisation du juge judiciaire avec la Constitution », in MAGNON (Xavier), BIOY (Xavier), MASTOR (Wanda), MOUTON (Stéphane), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Actes du colloque du 11 juin 2011 organisé par l'institut Maurice Hauriou, Bruylant, 2012, p.13 ; G. HILGER, « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi dans les deux ordres juridictionnels », in CARTIER (Emmanuel), GAY (Laurence) et VIALA (Alexandre) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par

rendue. En effet, s'il décide de transmettre la question, c'est qu'il a considéré qu'elle présentait un caractère sérieux, et qu'ainsi une contrariété à un droit fondamental d'origine constitutionnelle était potentielle. La proximité des droits d'origine conventionnelle pourra le conduire, en cas d'inconstitutionnalité constatée, à statuer ensuite de la même façon en ce qui concerne l'inconventionnalité si cela lui est demandé. *A contrario*, et pour les mêmes raisons, s'il décide de ne pas transmettre la question en raison de l'absence de caractère sérieux, la logique voudrait que sur le plan de la conventionnalité ils rendent une solution similaire en considérant que la norme contestée est compatible et ne saurait être écartée.

Il apparaît ainsi que dans de nombreux cas, juges administratif et judiciaire s'alignent sur une solution préalablement rendue par le Conseil¹. Les exemples marquants concernent la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, où la Cour de cassation valide le texte sur le plan de la conventionnalité² comme le Conseil l'avait préalablement fait sur celui de la constitutionnalité³. Il en a été de même concernant le traitement des pensions des couples mariés et unis par un PACS⁴, où les hauts magistrats de l'ordre judiciaire ont pris une position semblable dans le cadre d'un mécanisme législatif proche⁵. Ces diverses mouvances conduisent à une certaine harmonie entre les contrôles constitutionnel et conventionnel du contenu de la loi, qui permettent d'identifier des divergences seulement marginales.

211. Les divergences marginales des contrôles. L'exemple le plus parlant d'une différence d'appréciation qui peut être observée entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité demeure celui du statut du parquet. Le juge judiciaire considère, suivant ainsi le positionnement des juges de Strasbourg⁶, que le ministère public ne saurait être une

l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.55 ; A. ROBLLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/3, n°40, p.49.

¹ V. par ex. sur cette question, J. BONNET, « Les contrôles de constitutionnalité des lois : concurrents et complémentaires » in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.197, spéc. p.207. V aussi, R. LE COTTY, C. ROTH, « Les suites des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans les juridictions de l'ordre judiciaire », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2015/2, n°47, p.27.

² *Crim.*, 5 mars 2013, n°12-80.891.

³ *Cons. const.*, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, n°2010-613 DC.

⁴ *Cons. const.*, 29 juillet 2011, *Mme Laurence L.*, n°2011-155 QPC RTD civ. 2011.

⁵ *Cass. Civ. 2^e*, 23 janvier 2014, n°13-11.362.

⁶ Qui s'étaient préalablement prononcés dans quatre décisions successives concernant la France sur cette question du statut du parquet. Dans le premier arrêt *Medvedyev* (CEDH, 10 juillet 2008 n°3394/03, elle le fait s'agissant de l'article 5§1 en considérant que le procureur de la République n'est pas indépendant et donc ne saurait être assimilé à une « autorité judiciaire ».

Dans le second arrêt, sur la même affaire et rendu en Grande chambre (CEDH gr. ch., 29 mars 2010, n°3394/03), elle considère de la même façon qu'il ne saurait être un magistrat au sens de l'article 5§3.

Elle n'en démord pas s'agissant du procureur adjoint, dans une décision rendue quelques mois plus tard (CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, n°37104/06), en considérant par ailleurs que de manière générale, le

autorité judiciaire au sens de l'article 5§3 de la Convention européenne, en raison du fait « *qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante* »¹. Le Conseil constitutionnel adopte quant à lui un tout autre positionnement², qu'il a maintenu encore récemment³, en estimant que la garantie d'indépendance et d'impartialité est respectée par les magistrats du Parquet, qui font partie intégrante de l'autorité judiciaire. De prime abord, les deux interprétations semblent irréconciliables, mais en réalité il convient de nuancer, puisque matériellement le Conseil constitutionnel encadre l'action du ministère public – aussi incorporé au corps de la magistrature soit-il – notamment s'agissant des mesures privatives de liberté, ce qui conduit *in fine* au même résultat qu'au regard des exigences conventionnelles. La divergence est donc essentiellement sémantique, si bien que du point de vue du justiciable, les conséquences sont limitées et l'incohérence peu caractérisée. On peut aussi trouver l'exemple de la rétention de sûreté, où le Conseil constitutionnel adopte une position moins protectrice que la Cour européenne en ne l'assimilant pas à une peine⁴. Là encore, la différence terminologique reste sans grande conséquence, puisqu'elle suit le même régime en n'étant pas rétroactive. En réalité, la situation est telle que les divergences d'interprétation résident plus dans le vocable employé que dans une réelle incohérence au fond, ce qui peut rendre les deux contrôles d'autant plus complémentaires⁵. La tendance majoritaire qui reste la plus visible demeure celle de l'harmonisation des solutions. Quoi qu'il en soit, même si des discordances de solutions demeurent, l'impact négatif qui en découle doit être relativisé. Comme s'interroge le Professeur Denys de BÉCHILLON, « *faut-il craindre les conséquences du relatif désordre qui s'ensuit ? Pas si sûr. Même si elle porte en elle une dose d'instabilité, cette exposition longue et protéiforme de la loi à la remise en cause doit d'abord être comprise comme une force : celle d'un pays assez sûr de ses valeurs juridiques pour se donner les moyens de les voir triompher toujours ; celle d'un pays assez sage pour préférer que la contestation s'opère par les voies*

ministère public ne remplit pas les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif, ce qu'elle confirme par référence dans une autre décision rendue trois ans plus tard (CEDH, 27 juin 2013, *Vassis c/ France*, n°62736/09).

¹ Crim., 15 décembre 2010, n°10-83.674 ; V. dans le même sens, Crim., 18 janvier 2011, n°10-84.980.

² Cons. const., 17 décembre 2010, *M. Michel F.*, n°2010-80 QPC. Pour une décision antérieure, Cons. const., 11 août 1993, *Garde à vue*, n°93-326 DC, cons. 5.

³ Cons. const., 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats*, n°2017-680 QPC.

⁴ Cons. const., 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, n°2008-562 DC.

⁵ V. dans ce sens, spécialement concernant le régime du droit de propriété, C. NIVARD, « Le régime du droit de propriété », *RFDA* 2012, p.632, spéc. p.634, « *l'analyse comparée des jurisprudences constitutionnelles et européennes fait apparaître quelques différences d'appréciation persistantes qui rendent les interventions des deux juges d'autant plus complémentaires* », les niveaux de protection pouvant varier, sans que cela ne constitue d'incohérence majeure.

réglées de la justice plutôt que par d'autres, plus sauvages et par-là même plus dangereuses »¹. Ainsi, « *le dialogue des juges a la vertu d'éviter les oppositions trop frontales, pas celle de promettre une uniformisation totale et globale* »². Partant, « *les risques de conflit entre conventionnalité et constitutionnalité restent, tout de même, relativement limités* »³, si bien que la simultanéité des contrôles implique leur complémentarité.

B/ La complémentarité par le cumul des contrôles

212. Un choix offert au justiciable. Comme l'évoque Monsieur le Président DUTHEILLET DE LAMOTHE, le mieux placé pour répondre aux besoins du justiciable lorsqu'il s'agit d'opter pour la voie d'un contrôle de la loi demeure l'avocat⁴, qui peut être celui qui a connu du litige au fond. La représentation devant la Cour de cassation par un avocat aux Conseils n'est en effet pas obligatoire en matière de QPC⁵ : à partir du moment où la question est soulevée devant un juge du fond, et où les parties ne souhaitent pas compléter leurs écritures devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État après transmission de la question, de manière générale l'avocat à la Cour sera le seul concerné⁶, à quelques exceptions près⁷. Ainsi, en théorie,

¹ D. de BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011/2 (n°137), p.33, spéc. p.40-41.

² P. DEUMIER, « Les lois de validation et le dialogue des juges », art. préc., spéc. p.610.

³ B. STIRN, « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? », art. préc., spéc. p.23.

⁴ V. not. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « QPC et contrôle de conventionnalité : le choix des armes, un enjeu décisif pour les avocats », in P. GAÏA, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'Institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.15 ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité : Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D.* 2010, p.1725 ; X. MAGNON (dir.), V. BERNAUD, K. FOUCHER, J.-P. MIGNARD, Th.-S. RENOUX, *QPC : La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Litec, coll. « Litec professionnel. Procédures », 2011, p.46 ; B. WARUSFEL, « L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel », in E. CARTIER (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p.86.

⁵ Sur ce sujet, V. not. D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, coll. « Guide pratique », 2^e ed., 2012, p.148, §185.

⁶ L'article 126-9 du CPC créé par le décret n°2010-148 du 16 février 2010 dispose d'ailleurs que « *les parties disposent d'un délai d'un mois à compter de la décision de transmission pour faire connaître leurs éventuelles observations. Celles-ci sont signées par un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, dans les matières où la représentation est obligatoire devant la Cour de cassation* ». Il est toutefois possible de plaider pour que même dans ces dernières, l'avocat aux Conseils n'ait pas à intervenir, comme l'explique Me Daniel LÉVY, V. « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité : Le point de vue du justiciable et de ses conseils », *AJDA* 2011, p.1251, spéc. p.1253.

⁷ Si la partie souhaite compléter ses écritures par exemple, mais aussi en matière pénale pour le simple prévenu/accusé, (pour la totalité des exceptions, et leurs propres exceptions, V. D. ROUSSEAU (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, op. cit.* §185). De façon évidente, l'avocat aux Conseils sera aussi de rigueur si la question est posée initialement devant la Cour de cassation dans une matière où la représentation est obligatoire, c'est-à-dire dans l'immense majorité des cas.

un justiciable peut se présenter devant le Conseil sans être assisté d'un avocat dans les matières où la représentation n'est pas obligatoire. Cette possibilité reste cependant à nuancer, puisque les statistiques semblent indiquer qu'en réalité l'avocat reste omniprésent, que ce soit un avocat aux Conseils ou un avocat à la Cour¹. Dans cette mesure, il est vrai que s'agissant du contrôle de conventionnalité, en cas de pourvoi, le moyen sera nécessairement soutenu par un avocat aux Conseils. La voie exclusivement constitutionnelle peut ainsi présenter un avantage de ce point de vue. Le seul cas dans lequel il ne serait pas sollicité serait en cas de saisine pour avis de la part des juges du fond : l'avis ne pourrait toutefois porter que sur le contrôle du contenu du texte, comme cela a été évoqué². En dehors de ce cadre, le plaideur sera toutefois confronté aux conditions relatives à chaque contrôle, qui s'imposeront à lui, et en fonction desquelles il pourra ensuite opter pour l'un et/ou l'autre des moyens de droit.

213. La complémentarité des conditions de recevabilité. Lorsque sont étudiées les conditions de recevabilité de chacun des contrôles, on s'aperçoit qu'elles sont plus ou moins exigeantes selon les cas : les conditions de fond, de forme et le moment auquel peut être soulevé le moyen diffèrent, si bien qu'il est assez complexe d'affirmer de manière péremptoire que l'un sera plus difficilement mobilisable que l'autre. Concernant les premières, ce sont plutôt celles de la QPC qui soient les plus contraignantes. En effet, la loi organique du 10 décembre 2009 a inséré trois conditions cumulatives bien connues³ sans lesquelles la question ne saurait être transmise, à savoir que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, ou qu'elle constitue le fondement des poursuites, qu'elle n'ait ensuite pas été déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil, sauf changement de circonstances, et qu'elle ne soit enfin pas dépourvue de caractère sérieux⁴. Le fait qu'une seule de ces conditions ne soit pas

¹ Sans entrer dans le détail, il apparaît dans les études statistiques évoquées dans le rapport d'information n°842 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013 (V. au A. 1. a) dudit rapport) que, fin 2012, « *les questions qui proviennent des juridictions du fond et celles qui sont posées directement devant la Cour de cassation se trouvent en nombre sensiblement égal* », selon le premier président LAMANDA. Cela montre que les avocats à la Cour ont su s'emparer de cette voie de droit, qui n'est nullement exclusivement réservée aux avocats aux Conseils. Une telle proportion nous semble toujours d'actualité à la lecture du rapport annuel de la Cour de cassation 2021. Sauf erreur de notre part, la proportion entre les QPC entre 2014 et 2021 qui émanent des juges du fond et celles directement posées devant la Cour de cassation semble équivalente (V. une comparaison des chiffres, p.264 s'agissant des QPC transmises par les juges du fond, et p.259 pour le total des QPC enregistrées, puis p.261 pour les chiffres des décisions rendues).

La situation est toutefois différente au Conseil d'État, puisque « *les QPC transmises par les juges du fond [n'atteignent] que 26 % de l'ensemble des décisions du Conseil d'État en la matière* ». Comme le souligne Monsieur O. DUTHEILLET DE LAMOTHE (art. préc.), « *ce pourcentage paraît toujours valable [en 2015]* ».

² C'est ainsi un élément qui plaidera en faveur de la proposition d'instaurer une véritable saisine pour avis en conventionnalité, qui pourrait porter tant sur le contenu du texte que son application à l'espèce.

³ Que l'on peut retrouver respectivement aux 1°, 2° et 3° de l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958.

⁴ Du moins si la question est posée devant les juges du fond.

remplie ferme totalement la voie de la QPC, tandis que l'exception d'inconventionnalité n'est quant à elle soumise à aucune condition de fond.

Ensuite, concernant les conditions de forme, il convient de nuancer. S'agissant du moment où les contrôles peuvent être invoqués, il semble que la QPC présente une flexibilité plus avantageuse : elle peut être en effet soulevée à n'importe quel moment de l'instance, que ce soit devant le juge de première instance, d'appel, ou encore même de Cassation¹. Ce n'est en revanche pas le cas de l'exception d'inconventionnalité, qui, quant à elle, ne peut être invoquée en cassation que si elle l'avait préalablement été devant les juges du fond, sans qu'il ne faille distinguer s'il s'agit d'un contrôle du contenu ou d'un contrôle de l'application². La restriction est donc cette fois plus importante en matière de contrôle de conventionnalité qu'en matière de constitutionnalité. Si l'on s'intéresse aux conditions de forme à proprement parler, la balance est cette fois plus mitigée. En effet, la QPC nécessite à peine d'irrecevabilité la tenue d'un mémoire distinct dans lequel les moyens spécifiques relatifs à l'inconstitutionnalité de la norme sera développé, ce qui constitue une exigence formelle assez contraignante. En revanche, les textes n'exigent au contraire aucune condition de forme s'agissant de l'exception d'inconventionnalité. L'adoption du contrôle de l'application a cependant impliqué certains encadrements, que nous avons mentionné, par l'exigence de conclusions suffisamment étayées³. S'il ne se plie pas à cette exigence, le juge du fond pourrait n'effectuer qu'un contrôle du contenu, sans qu'il ne lui en soit tenu rigueur. Il n'est donc certes pas question d'un mémoire distinct et motivé, mais il est néanmoins exigé que le moyen d'inconventionnalité de l'application de la loi soit suffisamment développé, ce qui d'une certaine façon conduit à un rapprochement de ce que l'on attend lors d'une QPC. On le perçoit, les conditions de recevabilité sont différentes pour chacun des contrôles, qui peuvent être un enjeu stratégique. Cette idée est d'autant plus renforcée lorsqu'on examine la portée des deux contrôles, du moins potentiellement.

214. La complémentarité des modulations dans le temps des effets des contrôles.

Comme cela a déjà pu être évoqué auparavant, contrôle de constitutionnalité et de

¹ Comme l'indique l'article 23-1 de l'ordonnance précitée.

² Crim. 16 février 2016, n°15-82.732. La chambre criminelle estime que « *la prévenue n'a pas soutenu devant la cour d'appel que la remise en état ordonnée par les premiers juges porterait une atteinte disproportionnée aux droits garantis par les textes conventionnels visés au moyen, au regard de l'impératif d'intérêt général poursuivi par la législation de l'urbanisme ; que cet examen par la Cour de cassation nécessiterait la prise en considération d'éléments de fait qui ne résultent pas des constatations de l'arrêt attaqué ; [...] D'où il suit que le moyen, qui est nouveau et mélangé de fait et comme tel irrecevable en sa première branche, ne saurait être accueilli* ».

³ V. par exemple, Civ. 1^{er} février 2017, n°15-27.245. V. §51 de la thèse.

conventionnalité n'ont pas les mêmes effets. Le premier est une arme « *lourde et abrupte* », dans la mesure où la norme est abrogée et disparaît de l'ordonnement juridique, tandis le second est un « *instrument léger et polyvalent* »¹, puisque la norme est simplement écartée dans le seul cadre de l'instance, même lorsque le contrôle est cantonné à son contenu. Afin de préserver l'« effet utile » de sa décision, le Conseil permet en principe au requérant de bénéficier des conséquences de l'abrogation². Toutefois, il est des cas où la QPC conduit à une abrogation, mais qui ne profite aucunement au requérant qui l'a émise³ : assez fréquemment, lorsque l'abrogation est différée⁴, et, plus rarement, lorsque les conséquences seraient manifestement excessives⁵ ou engendreraient un effet d'aubaine⁶. Cela implique que le requérant à l'origine de la QPC ait obtenu gain de cause, mais ne puisse en tirer les avantages escomptés, ce qui le place dans une situation peu enviable⁷. C'est ainsi précisément dans ces cas que la différence d'effets entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité conduit à leur complémentarité. La seule échappatoire du requérant réside ainsi dans le contrôle de conventionnalité, exercé par le juge interne de la conventionnalité, qui pourra écarter la norme

¹ Pour reprendre les termes du Professeur BONNET, V. J. BONNET, « Les contrôles de constitutionnalité des lois : concurrents et complémentaires » in CARTIER (Emmanuel), GAY (Laurence) et VIALA (Alexandre) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », spéc. p.210 et p.211.

² Pour de premières applications, V. Cons. const., 25 mars 2011, n°2010-108 QPC ; Cons. const., 25 mars 2011, n°2010-110 QPC. Le Conseil permet aussi aux personnes dans une situation semblable d'en bénéficier (V. Cons. const. 28 mai 2010, *Consorts L.*, n°2010-1 QPC).

³ Il convient par ailleurs de mentionner que la Cour européenne des droits de l'homme en approuve l'utilisation par le Conseil constitutionnel, sous réserve que le délai laissé au législateur pour agir ne soit pas excessivement long, et soit suffisamment motivé (V. récemment, CEDH, 6 février 2018, n°76186/11, *Chessa c/ France*, *Constitutions* 2018, p.74, note Th. LARROUTUROU)

⁴ Pour un panorama sur la question de la modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité, V. E. CARTIER, M. BENIGNI, « L'insoutenable question des effets dans le temps des décisions QPC » in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes de colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.221 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Question prioritaire de constitutionnalité – L'effet dans le temps des décisions rendues en matière de QPC, les enseignements de l'affaire Foot Locker », *JCP G* 2018, n°4, doct. 89. V. aussi M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2011, p.353 ; et de manière approfondie, Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, p.341 et suiv. Pour un exemple, parmi de très nombreux, V. Cons. const., 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.*, n°2015-506, déc. préc.. Le Conseil estime ainsi que « *si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité, [...] les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent [au Conseil] le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* ». V. aussi, P. DEUMIER, « Effet constitutionnel différé versus effet conventionnel immédiat », *RTD civ.* 2018, p.620, suite au bilan quantitatif et qualitatif de la QPC rendu par le groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité, mai 2018, site du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

⁵ Cons. const., 18 juillet 2014, n°2014-410 QPC.

⁶ Cons. const. 6 février 2014, n°2013-362 QPC.

⁷ V. J.-P. MARGUÉNAUD, « QPC, piège à c... Libres propos d'un « droit de l'homme » sur la mise en œuvre de la QPC », in *Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain FOURNIER*, Presses universitaires de Nancy, 2013, p.326.

parce que son contenu est jugé contraire au droit contenu dans un Traité international¹. D'autant que le constat d'inconstitutionnalité légitime l'inconventionnalité prononcée par la suite par le juge ordinaire, ce qui traduit « *un effet désinhibant* »² de la QPC. Les contrôles du contenu du texte sont donc potentiellement complémentaires, par leur différence d'effets. Plusieurs exemples l'illustrent.

215. Exemples de complémentarité de la modulation dans le temps. L'exemple le plus marquant³ de la complémentarité des effets des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité reste celui de la censure du régime de la garde à vue. En effet, dans sa décision bien connue et déjà citée du 30 juillet 2010⁴, le Conseil avait considéré qu'il était nécessaire « *de reporter au 1^{er} juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité* »⁵. La Cour de cassation s'était ensuite rangée à sa position dans des arrêts du 19 octobre 2010⁶, se calquant sur la modulation ainsi effectuée. Le législateur avait ensuite modifié le régime de la garde à vue pour l'adapter aux exigences constitutionnelles et conventionnelles, mais avait reporté son entrée en vigueur à la date fixée par le Conseil⁷. Les hauts magistrats de l'ordre judiciaire, saisis à nouveau de la conventionnalité de mesures de garde à vue, ont ensuite modifié leur position. Ainsi, au lendemain de la publication du texte, par quatre arrêts d'assemblée plénière du 15 avril 2011⁸, les dispositions ont été jugées inconventionnelles du fait d'une contradiction avec l'article 6 de la Convention⁹. Cela a conduit le gouvernement à anticiper les mesures sur l'entrée en vigueur du texte¹⁰. Si, en apparence, la

¹ Ce qui implique que les contrôles du contenu du texte soient alignés, avantage que nous avons évoqué *supra*.

² L'expression, très juste, est empruntée au Professeur Samy BENZINA, qui la consacrait dans son travail doctoral. V. S. BENZINA *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p.619 et suiv.

³ Et systématiquement cité dans toutes les études sur la question. Nous y renverrons donc si le lecteur souhaite davantage de détails.

⁴ Cons. const., 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, n°2010-14/22 QPC. Dans la période entre mai 2009 et le 19 mai 2022, sur Légifrance, on compte environ 64 décisions de non-conformité totale avec effet différé, et 18 décisions de non-conformité partielle avec effet différé. V. §202 de la thèse.

⁵ Il avait ainsi harmonisé sa position avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, V. CEDH, Gr. ch., *Salduz c/ Turquie*, n°36391/02.

⁶ Crim. 19 octobre 2010, n°s 10-82.902, 10-85.051, 10-82.306.

⁷ La loi n°2011-392 relative à la garde à vue était en effet datée du 14 avril 2011, soit 6 mois avant la date fixée par le Conseil.

⁸ Ass. plén., 15 avril 2011, n°s 10-17.049, 10-30.242, 10-30.313, 10-30.316. V. aussi, dans le même sens, Crim., 8 février 2012, n°11-87.716.

⁹ À noter que postérieurement, elle affine la solution en ne l'appliquant qu'aux gardes à vue effectuées après la décision *Salduz*, V. Crim., 11 décembre 2018, n°18-82854.

¹⁰ La circulaire n°JUSD1110661C du 15 avril 2011 précise en effet : « *L'Assemblée plénière n'a pas différé les effets de ses décisions au 1er juillet 2011 : elle a, au contraire, considéré que les exigences du procès équitable résultant de l'article 6 de la [CEDH], dont toute personne gardée à vue doit pouvoir bénéficier, sont d'application immédiate. Il m'apparaît dans ces conditions que les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice imposent d'appliquer, dès maintenant et par anticipation, les seules dispositions de la loi nouvelle relatives à la notification du droit au silence et à l'intervention de l'avocat lors des auditions, en mettant*

solution de la Cour de cassation va à l'encontre de celle adoptée par le Conseil, la confrontation n'est en définitive pas frontale. En effet, les deux contrôles se complètent et articulent ainsi leurs effets de manière cohérente : les effets premier s'adressent au législateur, et ceux du second bénéficient au justiciable. Les différences dans la modulation des effets des décisions du juge constitutionnel et du juge judiciaire permettent d'aboutir à un juste équilibre entre la nécessité de préserver la sécurité juridique et les intérêts des requérants victimes d'une norme jugée inconstitutionnelle et inconstitutionnelle. Cette synthèse découle de la coexistence de ces deux contrôles du contenu de la norme, l'un extrait du litige, l'autre exercé au plus près du justiciable, qui témoigne de la richesse française du système de protection des droits fondamentaux. La décision n'est pas isolée : la complémentarité s'illustre aussi lorsque l'inconstitutionnalité dépourvue d'effet utile pour le requérant le retrouve sur le plan conventionnel. Dans un arrêt du 9 avril 2013¹, la Cour de cassation contourne l'effet différé de l'abrogation du texte², mais en le cantonnant aux seules personnes pour lesquelles il pouvait porter une réelle atteinte à leur droit, y compris au requérant à l'origine de la QPC. Monsieur LARROUTUROU en déduit à juste titre que « *ce faisant, elle préserva parfaitement l'objectif législatif poursuivi par le Conseil constitutionnel, à savoir ne pas priver l'ensemble des intéressés d'une voie de recours, tout en remédiant avec effet immédiat aux vices constatés par lui. Le contrôle de conventionnalité démontra ainsi sa malléabilité en termes d'effets contentieux* »³. Par ailleurs, le Conseil d'État a pu, lui aussi, à plusieurs reprises, adopter un positionnement similaire⁴. Malheureusement, certaines décisions des juges internes de la conventionnalité contraignent à la nuance.

216. Incertitudes relatives liées à l'alignement des modulations. L'incertitude concerne ici davantage la position récente du Conseil d'État que celle de la Cour de cassation. En effet, ce dernier a dernièrement opté pour un alignement de la modulation des déclarations en inconstitutionnalité sur celles en inconstitutionnalité. Dans le premier cas, postérieurement à

immédiatement en œuvre les garanties créées par le législateur, sans attendre la date d'entrée en vigueur fixée par ce dernier ».

¹ Civ. 1^{re}, 9 avril 2013, n°11-27.071. V. dans un sens similaire mais dans un tout autre contentieux, Crim., 19 juin 2018, n°1687749.

² Le Conseil avait en effet différé dans une décision du 27 juillet 2012 n°2012-68 QPC l'abrogation de l'alinéa 1^{er} de l'article L224-8 du Code de l'action sociale et des familles au 1^{er} janvier 2014. L'objectif était de ne pas priver les justiciables d'un droit au recours contre les arrêtés d'admission en qualité de pupille de la Nation.

³ Th. LARROUTUROU, *op. cit.* p.344, §512.

⁴ V. par exemple, CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, n°316734 ; CE, 19 septembre 2014, *Société Red Bull on Premise et Société Red Bull off Premise*, 10 avril 2015, n°377207 ; CE, 29 mars 2017, *Société Layher*, n°399506 ; CE, 29 juillet 2020, *Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires*, n°432969. La complémentarité dans ces cas est d'ailleurs presque systématiquement soulignée par les rapporteurs publics.

une inconstitutionnalité modulée dans la même affaire¹, et dans le second, dans une affaire précédente². La lecture des conclusions des rapporteurs publics dans les deux affaires semble impliquer que le Conseil d'État ait souhaité respecter la modulation effectuée par le Conseil, et ne pas aller plus loin sur le plan de la conventionnalité, contrairement à ses décisions antérieures. Or, comme le souligne le Professeur BRUNET, « *l'autorité persuasive ainsi reconnue aux modulations du Conseil constitutionnel sur le juge de la conventionnalité est extrêmement discutable* », notamment du point de vue de l'indépendance des deux contrôles, pourtant clairement réaffirmée, par le Conseil constitutionnel³. Cela conduit à une contamination de l'inutilité des effets de l'inconstitutionnalité sur l'inconventionnalité, qui neutralise la complémentarité des deux contrôles. S'agissant de la Cour de cassation, une telle position est marginalement observée dans un arrêt du 31 mai 2017⁴. La chambre sociale mentionne, à propos de l'abrogation différée prononcée par le Conseil, « *que l'atteinte ainsi portée au droit de propriété et au droit au recours effectif pour une durée limitée dans le temps est nécessaire et proportionnée au but poursuivi par les articles 2 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant la santé et la vie des salariés en raison des risques liés à leur domaine d'activité professionnelle ou à leurs conditions matérielles de travail* », et infirme le jugement de la Cour d'appel qui avait fait prévaloir le droit au procès équitable de l'article 6§1 pour faire fi de la modulation du juge constitutionnel. Fort heureusement, comme le souligne le Professeur Pascale DEUMIER, il était « *loin d'être acquis que cette décision témoigne d'un souci nouveau pour une conventionnalité temporellement harmonieuse avec la QPC, du fait de la configuration "délicate" de l'espèce* »⁵, ce qui a été confirmé par l'arrêt de la chambre criminelle précité du 19 juin 2018.

Un autre cas illustre l'incertitude en la matière, lorsqu'à l'inverse, un contrôle indirect de conventionnalité est exercé préalablement à un contrôle de constitutionnalité, simultanément à la transmission d'une QPC. Nous reprendrons ici l'exemple déjà évoqué du contrôle du

¹ CE, 4 août 2021, *Syndicat des avocats de France*, n°447916. Elle faisait suite à la décision du Conseil constitutionnel : Cons. const., 4 juin 2021, n°2021-911/919 QPC, la QPC ayant été renvoyée par la décision : CE, 12 avril 2021, n°447916. Pour une analyse très complète et inspirante de ces deux affaires, V. F. BRUNET, « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité : les droits de l'homme en suspens », *RFDA* 2022, p.159.

² CE, 23 septembre 2021, *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et autre*, n°440037. Les décisions antérieures en QPC dans les affaires distinctes étaient les suivantes : Cons. const., 15 janvier 2021, n°2020-872 QPC ; Cons. const., 29 janvier 2021, n°2020-878/879 QPC.

³ Pour rappel, Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n°2010-605 DC.

⁴ Cass. soc., 31 mai 2017, n°16-16.949.

⁵ V. P. DEUMIER, « Effet constitutionnel différé versus effet conventionnel immédiat », art. préc.

placement en détention provisoire¹, qui nous avait permis d'illustrer l'utilisation par le juge judiciaire d'un contrôle indirect du contenu de la norme, dont on peut constater qu'il est assez proche du contrôle qu'exerce le Conseil au travers des réserves d'interprétation transitoires².

217. Dans cette décision, le juge judiciaire avait préalablement défini un régime juridique propre au contrôle des placements en détention provisoire. Il avait ainsi offert la possibilité au juge d'instruction d'y mettre fin, au profit d'une assignation à résidence avec surveillance électronique ou d'un contrôle judiciaire, en cas d'atteinte à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Exercé seul, un tel contrôle n'aurait pas été tant problématique, mais la formulation simultanée d'une question prioritaire de constitutionnalité, transmise au Conseil, et surtout la réponse qu'il y apporte, peut interroger. En effet, dans sa décision³, le juge constitutionnel fait fi du contrôle indirect du contenu de la norme effectué par la Cour de cassation en considérant qu'il se doit d'apprécier la conformité du texte à la Constitution sans en tenir compte⁴. Cela lui permet ensuite de prononcer l'abrogation différée de l'article 144-1 du Code de procédure pénale. Une telle articulation a un double effet pervers, qui a été très bien mentionné par la Professeure DEUMIER, notamment au regard de l'affaiblissement de la contrainte imposée au législateur. En effet, citant très justement l'argumentaire du gouvernement⁵, l'auteure évoque à ce titre que « *lorsque l'office du juge ne lui permet pas d'apporter un remède jurisprudentiel satisfaisant, l'absence de remède est peut-être moins pire que le mal, d'autant plus lorsque le jeu parallèle de la QPC offre une voie plus*

¹ V. Crim., 8 juillet 2020, n°20-81.739. V. §43 pour en tant qu'exemple utilisé au titre du contrôle indirect du contenu du texte, et § 61 pour son articulation avec le contrôle exercé par la Cour européenne.

² Nous adhérons ainsi à l'observation de la Professeure DEUMIER qui souligne que « *cette législation de substitution ressemble de ce point de vue à une autre figure jurisprudentielle, celle des réserves d'interprétation transitoires du Conseil constitutionnel, qui indiquent le régime juridique à appliquer durant le report de l'abrogation d'une disposition inconstitutionnelle. Réserve d'interprétation transitoire et mode d'emploi conforme partagent une certaine forme, celle d'une petite législation, et une certaine justification, celle de la mise en conformité de la loi aux droits fondamentaux* », V. P. DEUMIER, « Le mode d'emploi conforme et le pouvoir du juge », *RTD civ.* 2021, p.83.

³ Cons. const., 2 octobre 2020, *Geoffrey F. et autre*, n°2020-858/859 QPC.

⁴ Il estime en effet qu'« *il n'appartient pas non plus au Conseil constitutionnel saisi d'une telle question prioritaire de constitutionnalité de tenir compte de cette interprétation pour conclure à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit* » (§9). La Professeure DEUMIER souligne à juste titre qu'« *en écartant l'interprétation conforme de son contrôle, le Conseil choisit de contrôler un droit purement théorique, qui n'est pas appliqué et pas applicable* » (V. P. DEUMIER, « Interprétation conforme et QPC : la doctrine du droit mort vivant », *RTD civ.* 2021, p.88). Une telle affirmation, certes explicitement fondée sur le caractère prioritaire de la question en constitutionnalité (V. §8) aurait pu laisser penser que le Conseil souhaitait réaffirmer son pouvoir, dans une optique purement concurrentielle.

⁵ Ce dernier s'appuyait en effet sur le fait que la loi devait être contrôlée telle qu'interprétée par la Cour de cassation. Le contrôle indirect du contenu pratiqué par la chambre criminelle conduisant à compléter le régime juridique existant pour le rendre conforme aux exigences conventionnelles, il devait s'en suivre que la norme était dans cette mesure désormais conforme à la Constitution au regard de cette interprétation.

énergique pour obtenir un remède législatif complet »¹. Le raisonnement convainc. Mais il nous semble toutefois qu'*in fine*, la complémentarité entre les deux contrôles de la loi soit tout de même préservée : l'impératif demeure la garantie instantanée de la protection des droits fondamentaux. Solution temporaire de fortune ou non, le contrôle indirect du contenu de la loi qui conduit à en compléter le régime en vue de protéger les droits fondamentaux du justiciable n'en demeure pas moins la solution immédiate la plus efficace. Complétée par une inconstitutionnalité différée dont les effets sont plus radicaux, l'inefficacité d'une telle combinaison nous semble assez théorique. La preuve en est : l'abrogation était différée au 1^{er} mars 2021, la loi du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention² est venue modifier l'article 144-1 du Code de procédure pénale est désormais pourvu d'un second alinéa qui dispose désormais qu'en vue de préserver « *le droit de la personne d'être détenue dans des conditions respectant sa dignité, le juge d'instruction ou, s'il est saisi, le juge des libertés et de la détention doit ordonner la mise en liberté immédiate de la personne placée en détention provisoire* ». Par conséquent, la solution proposée tant par le Conseil que par la Cour de cassation semble conduire à une réelle complémentarité des contrôles de la loi, qui portent tous deux sur leur contenu : l'un directement, ce qui lui permet de proposer son abrogation différée, l'autre indirectement, par la voie d'une interprétation conforme qui inspire le législateur tout en préservant les droits fondamentaux en attendant qu'il légifère.

218. La position du Conseil d'État nous semble ainsi être la plus grande source d'incertitude, puisqu'elle tendrait à créer une dissonance s'agissant de l'effet utile des décisions en inconstitutionnalité entre les ordres judiciaire et administratif. Nous adhérons ainsi à la position du Professeur BRUNET qui espère que « *les deux décisions ici commentées soient et demeurent des affaires d'espèce. Dans le cas contraire, il faudra se résoudre à affirmer : juges, encore un effort si vous voulez vraiment être protecteurs des droits fondamentaux !* »³. D'autant qu'en la matière, la Cour de justice semble peu encline à tolérer « l'effet inutile » d'une inconstitutionnalité. Elle s'est clairement exprimée dans le sens d'une affirmation de la primauté du droit communautaire, et ce malgré les effets différés d'une abrogation découlant d'une décision d'un juge constitutionnel national⁴. La position de la Cour européenne des droits de

¹ V. P. DEUMIER, « Interprétation conforme et QPC : la doctrine du droit mort vivant », art. préc.

² Loi n°2021-403 du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention.

³ F. BRUNET, « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité : les droits de l'homme en suspens », art. préc.

⁴ CJCE, 19 novembre 2009, *Krzysztof Filipiak*, aff. 314/08. Dans le même sens CJUE gr. ch., 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. 409/06.

l'homme est en revanche plus ambiguë, puisqu'elle a très tôt valorisé le principe de sécurité juridique¹ sans réellement trancher la question, y compris dans une affaire récente² : il semble donc assez peu probable que sa position soit aussi tranchée que celle des juges de Strasbourg, et que l'effet inutile de l'inconventionnalité suscite un tel rejet. Malgré ces incertitudes, nous adhérons à la conclusion³ de Thibaut LARROUTUROU qui estime que « *tout bien considéré, l'adoption d'une ligne de conduite qui consisterait à aligner systématiquement les effets du contrôle de conventionnalité sur ceux du contrôle de constitutionnalité ne paraît pas pertinente. En l'absence d'une compétence du juge ordinaire à écarter l'application de la loi inconstitutionnelle dans certaines espèces seulement, dans l'attente de son abrogation, la souplesse du contrôle de conventionnalité et la force du contrôle de constitutionnalité peuvent à l'occasion se combiner parfaitement. Ils permettent en effet d'assurer à la fois une application partielle immédiate de l'inconventionnalité, "dans l'intérêt du justiciable et de la protection des droits", et l'absence de déstabilisation massive de l'ordre juridique du fait d'une abrogation générale prématurée* »⁴. Associée aux développements précédents, une stratégie contentieuse peut ainsi être mise en place.

219. Dualité des contrôles et stratégie contentieuse. La complémentarité et les différences entre les deux contrôles impliquent la possibilité de construire une véritable stratégie procédurale, en mobilisant l'un ou l'autre des moyens selon les circonstances⁵. Ainsi par exemple, une association, une organisation non gouvernementale ou une organisation syndicale⁶ préférera opter pour la QPC par ses effets plus radicaux sur la norme contestée. Monsieur Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE estime d'ailleurs que « *de ce point de vue, la*

¹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n°6833/74, §58 ; et Comm. EDH, 30 juin 1992, *R. c/ Allemagne*, n°17750/91, en cas d'annulation d'une loi par une Cour constitutionnelle. Pour davantage de détails, V. F. BRUNET, art. préc., et Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, p. 347 et suiv., §518 à §521.

² CEDH, 5 décembre 2019, *Tisset c/ France*, n°53464/11, le requérant s'était vu imposer la solution des arrêts précités rendus en 2010 dans lesquels la Cour de cassation avait aligné la modulation sur celle du Conseil, dans les affaires qui concernaient la garde à vue.

³ Rendue toutefois avant les arrêts du Conseil d'État précités.

⁴ Th. LARROUTUROU, *op. cit.* p.353, §525.

⁵ Pour une appréhension des avantages et inconvénients de chacun des deux contrôles et leur mise en perspective, V. par exemple X. MAGNON, « Le contrôle de conventionnalité depuis la QPC », in P. GAÏA, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'Institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.41. L'auteur conclut qu'aucun des deux moyens ne saurait sortir totalement triomphant, et qu'il faut au contraire en faire la synthèse afin de tirer de chacun d'eux les plus grands avantages. Pour une bonne analyse sous l'angle du droit des affaires, dès les débuts de la QPC, V. K. GARCIA, « CEDH, droit des affaires et QPC », *LPA* 2011, n°194, p.11.

⁶ Par exemple, Cons. const., 18 juin 2010, n°2010-8 QPC, concernant le caractère forfaitaire de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles ; Cons. const. 12 novembre 2010, n°2010-63/64/65, où la CFTC et FO avaient contesté la loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale.

QPC est une fausse action individuelle et apparaît, en réalité, comme une action d'un groupe qui tend à obtenir l'abrogation d'une législation »¹. A contrario, le requérant qui souhaiterait principalement que lui profite le contrôle de la norme privilégierait plutôt un contrôle de conventionnalité exercé au fond, pour ensuite, s'il n'a pas obtenu gain de cause sur ce fondement, tenter de poser une QPC². Une disposition jugée conventionnelle par les juges du fond, la Cour de cassation ou même la Cour européenne pourrait ainsi être jugée contraire à la Constitution³, même si l'alignement matériel des deux contrôles implique de relativiser cette possibilité. Comme le souligne par ailleurs la Professeure Pascale DEUMIER, les utilisations des deux moyens sont réellement complémentaires lorsqu'ils sont invoqués devant les juges du fond⁴, plusieurs hypothèses pouvant se présenter.

Dans le premier cas, il peut tout simplement s'agir de cumuler les deux moyens, lorsque l'on est en présence de deux atteintes distinctes à deux droits ou principes différents. Par exemple, dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon en date du 22 mars 2011⁵, était remise en cause par la voie de la QPC l'atteinte au principe d'égalité, et le fait que la décision n'ait pas été prise par une autorité indépendante et impartiale par la voie de l'exception d'inconventionnalité.

Il peut être aussi possible de les mobiliser lorsque les droits protégés sont matériellement proches mais l'argumentation pour assurer leur effectivité légèrement dissemblable⁶ : la proximité des droits et des interprétations qui en sont données se rapprochent d'une hypothèse de doublon, ce qui ne pose toutefois pas de problème de cohérence, sachant que l'effet escompté reste atteint. À noter qu'il est aussi possible de simplement mobiliser simultanément les deux moyens, pour des droits analogues, afin de maximiser ses chances de succès⁷, mais il faudra assumer le coût de la QPC, et les quelques mois d'attente qui en découleront. Cette dernière

¹ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « QPC et contrôle de conventionnalité : le choix des armes, un enjeu décisif pour les avocats », in GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane) (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'Institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.15.

² On constatera que de ce point de vue, la priorité peut être ainsi aisément contournée, comme le soutenait la Professeure LEVADE, V. *supra* §192, p.212, note de bas de page n°6.

³ V. dans ce sens A. VIDAL-NAQUET, « Vers la « conventionnalisation » du contrôle de constitutionnalité ? », art. préc. p.30.

⁴ P. DEUMIER, « Conventionnalité et constitutionnalité devant les juges du fond », art. préc. p.62.

⁵ CAA Lyon, 22 mars 2011, n°10LY02852.

⁶ CAA Paris, 17 septembre 2014, n°13PA03764. Le requérant avait tenté de se prévaloir en QPC de l'atteinte à la liberté d'expression tant sur le fondement constitutionnel que conventionnel. La Cour se fonde sur le triple test de la nécessité, l'adaptation et la proportionnalité à l'objectif poursuivi pour refuser de transmettre la QPC, tandis qu'elle rejette le moyen fondé sur l'article 10 de la CEDH en s'appuyant sur la possibilité pour le texte contrôlé d'apporter des restrictions à la liberté d'expression lorsque l'objectif législatif poursuivi est la protection de la morale, ce qui se rapproche du caractère « nécessaire » de la mesure, sans pouvoir y être totalement identifié.

⁷ V. dans ce sens, X. MAGNON (dir.), V. BERNAUD, K. FOUCHER, J.-P. MIGNARD, Th.-S. RENOUX, *QPC : La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, op. cit. p.51, §65.

stratégie est d'ailleurs celle qui semble attirer davantage les faveurs des plaideurs. Selon Thibaut LARROUTUROU, « *il saute aux yeux de l'observateur que, dans leur démarche de confrontation de la loi aux normes supérieures, Conseil d'État et Cour de cassation sont d'ores et déjà plus fréquemment juges de questions prioritaires de constitutionnalité que juges du droit conventionnel* »¹. La tendance serait donc plutôt à mobiliser le contrôle de constitutionnalité que le contrôle de conventionnalité du contenu des lois, du moins devant les juridictions supérieures de chaque ordre.

Enfin, si une disposition a fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité dépourvue d'effet utile, ou que la décision de conformité est assortie d'une réserve d'interprétation, le plaideur aura tout intérêt à soulever l'inconventionnalité du texte pour qu'elle lui profite immédiatement. Ainsi, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité sont potentiellement complémentaires, sous réserve de la mise en œuvre d'une bonne stratégie procédurale, y compris lorsqu'ils se cantonnent au contenu de la loi. L'utilisation par le juge judiciaire du contrôle de l'application des lois conforte ce constat.

II. La complémentarité par le contrôle de l'application de la loi

220. Le contrôle par les juges judiciaire et administratif de l'application des lois renouvelle la complémentarité déjà acquise des contrôles de leur contenu. Ainsi, le contrôle de la constitutionnalité du contenu de la loi est harmonieusement complété par le contrôle de la conventionnalité de leur application (A). Cette complémentarité acquise doit être préservée, ce qui renforce la nécessité de préserver cette dualité des contrôles de la loi (B).

A/ La complémentarité des contrôles de la constitutionnalité du contenu et de la conventionnalité de l'application des lois

221. La complémentarité par la différence d'objet et d'effets des contrôles. L'alignement des contrôles du contenu du texte permet au contrôle de la conventionnalité de son application d'être un réel complément. En effet, lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité a été préalablement formulée, plusieurs options sont envisageables. D'abord, la norme peut être déclarée contraire à la Constitution, et son abrogation immédiate assortie

¹ V. Th. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, L.G.D.J., 2021, p.515, §766. Pour des données statistiques, V. §762 à §766.

d'un effet utile : dans ce cas, le contrôle de conventionnalité postérieur est dépourvu d'objet, puisque la norme contrôlée a disparu, et que l'abrogation profite au justiciable. Ensuite, la loi peut faire l'objet d'une abrogation différée, mais dépourvue d'effet utile. Dans ce cas, on l'a vu, le contrôle du contenu du texte sur le plan conventionnel peut permettre au requérant qui a formulé la QPC, ainsi que ceux placés dans une situation similaire, de profiter de l'inconventionnalité du contenu du texte. Néanmoins, on pourrait aisément envisager un contrôle cantonné à l'application du texte dans ce même cas de figure, qui conduirait au même résultat. Enfin, la loi peut être déclarée conforme à la Constitution. C'est dans ce dernier cas que la complémentarité des deux contrôles s'exprime pleinement : le juge judiciaire, après avoir constaté similairement la conventionnalité du texte, peut toutefois l'écarter si son application contrevient à un droit fondamental. Le contenu du texte serait donc assorti d'un double brevet, tant de conventionnalité que de constitutionnalité, ce qui tendrait à neutraliser toute contestation postérieure sur ce fondement, sauf changement de circonstances. Le contrôle postérieur de l'application de la norme par le juge ordinaire pourrait cependant ensuite conduire à ne l'écarter que dans l'espèce soumise à son appréciation, dans des cas exceptionnels¹. Un plein contrôle, fondé tant sur la constitutionnalité et la conventionnalité du contenu du texte, puis sur la conventionnalité de son application, serait ainsi exercé. Le propos est loin d'être purement théorique puisque des exemples peuvent être fournis, y compris dans la jurisprudence des juges du fond.

222. Une complémentarité observable : exemples dans la jurisprudence. Comme le souligne la professeure Pascale DEUMIER dans son étude², « *certaines décisions des juridictions du fond, rares mais tout particulièrement intéressantes, illustrent comment la conventionnalité peut être utilisée pour donner une protection concrète à la suite d'une inconstitutionnalité sans effet utile* »³. Deux arrêts rendus par des Cours administratives d'appel (CAA) sont mobilisés pour appuyer ses dires, et seront ici repris. Dans le premier⁴, une société requérante avait contesté le paiement d'une taxe dont les modalités de recouvrement n'avaient pas été fixées dans une loi de finance⁵, et en avait demandé la restitution. Puis, ladite taxe avait

¹ Les conséquences du double contrôle sur la norme seront abordées *infra*.

² À noter que celle-ci porte à la fois sur des décisions rendues par des juges du fond des ordres administratif et judiciaire : les exemples qui sont tirés de l'un ou de l'autre seront ainsi mobilisés aussi de la même façon, puisque du point de vue du raisonnement la conclusion qui en découle est la même.

³ P. DEUMIER, « Conventionnalité et constitutionnalité devant les juges du fond », art. préc., spéc. p.63.

⁴ CAA Paris, 30 septembre 2014, n°14PA00213, JurisData n°2014-029895, *Dr. fiscal*, n°51-52, 2014, 693, chron. J.-M. VIÉ.

⁵ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

été remise en cause par la suite dans une décision QPC¹, qui l'avait invalidée. Toutefois, la date jusqu'à laquelle l'abrogation pouvait être invoquée avait été fixée sur la date limite de contestation imposée par une loi de finance rectificative (LFR)² – rétroactive donc – et intervenait avant la date à laquelle la société avait intenté sa contestation³. Elle ne pouvait donc pas profiter de ladite abrogation, si bien qu'elle a tenté d'invoquer le droit au respect de ses biens issu de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la CEDH en estimant que la loi de finances rectificative avait porté atteinte à son espérance légitime d'obtenir la restitution de la taxe en cause⁴. La Cour administrative d'appel lui répond « *qu'à la date à laquelle la société requérante a introduit devant l'administration fiscale la réclamation préalable par laquelle elle sollicitait la restitution des droits de taxe [...], qui était postérieure à la présentation, devant l'assemblée nationale, de l'amendement qui a abouti à l'adoption des dispositions contestées [de la LFR], mais antérieure à cette décision du Conseil constitutionnel [...], la société requérante ne pouvait être regardée [...] comme ayant eu un droit, ni même une espérance légitime, à obtenir cette restitution ; qu'ainsi, elle ne peut utilement invoquer les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans le champ desquelles elle n'entre pas* »⁵. Même si le moyen est rejeté en l'espèce, car jugé infondé, il n'en demeure pas moins que les juges du fond l'ont examiné en détail, ce qui implique que dans d'autres circonstances, l'espérance légitime issue du droit européen aurait pu prospérer, même si le requérant n'avait pu profiter de l'inconstitutionnalité de la mesure. « *Dans ce cas, les contrôles se complètent en ce qu'ils n'interviennent pas sur la même situation : le Conseil se prononce sur la violation d'un droit constitutionnel par la norme applicable au requérant ; les juges du fond sur la violation d'un droit conventionnel par l'absence d'application au requérant de la norme constitutionnelle et l'espérance ainsi potentiellement déçue* »⁶.

¹ Cons. const., 28 mars 2013, n°2012-298 QPC, *SARL Majestic Champagne*.

² Loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, article 39, II. À noter que la disposition avait été déclarée constitutionnelle avec une réserve d'interprétation formulée par le Conseil dans une décision du 21 juin 2013, n°2013-327 DC.

³ Elle avait contesté le paiement le 2 août 2012, et la prise en compte des contestations – et donc la date jusqu'à laquelle jouait l'abrogation – n'allait que jusqu'au 11 juillet.

⁴ Une telle appréciation est issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, V. par exemple, pour une première application, CEDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley developments LTD et autres c/ Irlande*, n°12742/87, §51 ; ou encore CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos compania naviera SA et autres c/ Belgique*, n°17849/91, spéc. §31 ; ou encore CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*, n°36677/97, §44 à §48. Cette question sera à nouveau abordée lorsqu'il s'agira d'évoquer la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, V. §366.

⁵ L'argumentation a été ici tronquée et était bien plus détaillée, se référant aux diverses décisions rendues par le Conseil, V. cons. 6 à 12 de la décision.

⁶ P. DEUMIER, art. préc., p.63-64.

La seconde décision est encore plus parlante¹. Un moyen de constitutionnalité et de conventionnalité étaient mobilisés au sein de la même affaire. En effet, le requérant avait formé une QPC, qui avait abouti à une déclaration de conformité mais assortie d'une réserve d'interprétation². Malheureusement, et c'était l'hypothèse précédemment évoquée qui pouvait s'appliquer même dans le cadre de deux contrôles seulement abstraits, ladite réserve n'avait pas pu lui être appliquée, si bien qu'il se fonde sur un droit similaire mais contenu dans la Convention européenne³ : le moyen est accueilli par la juridiction administrative. Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité se sont ainsi articulés sans se contredire : le premier a permis de mieux protéger les droits de l'ensemble des justiciables, tandis que le second a garanti ceux de celui qui en avait été à l'initiative.

La complémentarité est aussi déjà visible dans la jurisprudence des Cours suprêmes, comme l'illustre un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 2016⁴. Il était encore une fois question d'une remise en cause sur le terrain de la conventionnalité d'une norme qui avait été préalablement déclarée constitutionnelle par le Conseil. Les magistrats du quai de l'Horloge rappellent « *que le juge ordinaire doit s'efforcer d'interpréter les décisions du Conseil constitutionnel, comme toute norme, en conformité avec les stipulations de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en refusant de rechercher si, interprétée à la lumière des stipulations de la Convention européenne, la décision rendue par le Conseil constitutionnel n'avait pas pu en réserver l'application et ne permettait pas, en particulier, aux [requérants d'invoquer un droit contenu dans] la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...], la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958* »⁵. La décision du Conseil est citée, et s'il est rappelé qu'elle s'impose aux autorités juridictionnelles, il n'en demeure pas moins « *que, saisi d'une exception d'inconventionnalité tendant à contester la conformité d'une loi [...] à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge est tenu de vérifier, au regard de la situation concrète dans laquelle le demandeur se trouve placé, si [l']application de la loi est proportionnée à l'atteinte qu'il subit et aux considérations d'intérêt général qui animent le législateur interne* »⁶. Le contrôle de conventionnalité de l'application du texte doit ainsi être distingué et articulé avec le contrôle de

¹ CAA Douai, 20 janvier 2011, n°10DA0015.

² Cons. const., 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G*, n°2010-38 QPC.

³ Il était en effet question du droit d'accès à un tribunal, fondé sur l'article 6 de la CEDH en ce qui a concerné le contrôle de conventionnalité, et sur l'article 16 de la DDHC concernant la QPC.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n°15-17.346.

⁵ Déc. préc., 1^{er} moyen, 7^{ème} attendu.

⁶ *Ibid.* 8^{ème} attendu.

constitutionnalité de son contenu qui aurait été préalablement exercé. Les exemples ne sont donc pas isolés, et il est probable que ces cas se multiplient. La Cour européenne des droits de l'homme semble d'ailleurs encourager une telle complémentarité.

223. Une complémentarité encouragée par la Cour européenne des droits de l'homme. La question de la complémentarité entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de la compatibilité de l'application des lois aux droits garantis par la Convention européenne a indirectement pu se poser devant les juges de Strasbourg, dans l'affaire *Charron et Merle-Montet*¹ précitée. Les faits étant illustratifs, ils seront rapportés ici, sur un autre plan que précédemment. Deux femmes mariées souhaitaient pratiquer une procréation médicalement assistée (PMA), se prévalant d'un problème de fertilité. Leur demande est rejetée par le centre hospitalier, qui applique la législation française qui ne l'ouvre qu'aux couples de sexes différents². Elles saisissent la Cour européenne, sans avoir exercé de recours pour excès de pouvoir au préalable. Il était donc question de la recevabilité de la demande, puisque l'épuisement des voies de recours internes n'était pas constaté. Les requérantes considéraient toutefois qu'au vu de la décision rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*³ de la loi du 17 mai 2013⁴, leurs chances d'obtenir satisfaction devant une juridiction interne auraient été nulles, « *qu'un recours aurait été inefficace* »⁵. Les juges strasbourgeois vont quant à eux plutôt dans le sens de l'argumentation développée par le gouvernement⁶, et considèrent que « *le contrôle de conformité d'une mesure individuelle à la Convention effectué par le « juge ordinaire » est distinct du contrôle de conformité de la loi à la Constitution effectué par le Conseil constitutionnel : une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la*

¹ CEDH, 16 janvier 2018, n°22612/15, *Charron et Merle-Montet c/ France*.

² À la suite de l'adoption de la loi relative à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, l'article L2141-2 du Code de la santé publique n'avait pas été modifié.

³ Cons. const., 17 mai 2013, n°2013-669 DC.

⁴ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁵ Déc. préc. §15.

⁶ Le gouvernement fait d'ailleurs référence au contrôle de l'application de la loi exercé par le juge administratif : « *les requérantes avaient à leur disposition une voie de recours effective et accessible : elles pouvaient saisir le juge administratif de leurs griefs tirés de la Convention dans le cadre d'un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHU, celle-ci étant une décision administrative individuelle défavorable. Il souligne que, lorsqu'elles exercent ce contrôle de conventionnalité, les juridictions ordinaires peuvent écarter l'application de la loi française si celle-ci est incompatible avec la Convention ; elles peuvent également le faire lorsque la loi française n'est pas en elle-même « inconstitutionnelle » si, au regard des circonstances particulières de l'espèce, il apparaît que l'atteinte aux droits et libertés protégés par la Convention est excessive in concreto. Sur ce dernier point, le Gouvernement renvoie à un arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2016* » (§12).

*Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause. En d'autres termes, même si les chances de succès étaient éventuellement réduites du fait de la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013, un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHS de Toulouse du 15 décembre 2014 fondé sur les articles 8 et 14 de la Convention n'aurait pas été « de toute évidence voué à l'échec » »¹. La référence au contrôle « de l'application » de la loi « aux circonstances de l'espèce »² exercé par les juges ordinaire est dans la suite de sa décision encore plus explicite, la Cour européenne estimant qu'« il est en effet primordial lorsque la Cour aborde la question complexe et délicate de la balance à opérer entre les droits et intérêts en jeu dans le cadre de l'application de cette disposition que cette balance ait préalablement été faite par les juridictions internes, celles-ci étant en principe mieux placées pour le faire »³. Le juge européen distingue donc bien le contrôle de constitutionnalité du contrôle de conventionnalité, et considère que la décision de conformité du contenu de la loi rendue par le Conseil ne fait aucunement obstacle à ce que le juge ordinaire statue ensuite de manière différente sur son application sur le fondement de la Convention. La complémentarité entre les deux contrôles de la loi est donc clairement mise en valeur. Toutefois, cette appréciation pourrait être remise en question si le Conseil constitutionnel était par la suite en capacité d'exercer lui aussi un contrôle de l'application de la loi dans le cadre de son contrôle *a posteriori*.*

B/ L'intérêt de préserver la dualité de l'objet et des effets des contrôles de la loi

224. Tout l'intérêt du contrôle du juge judiciaire réside dans sa confrontation avec celui, différencié, du Conseil constitutionnel. L'identité seulement partielle des contrôles conduit à un équilibre qu'il convient de préserver. La construction d'un contrôle constitutionnel de l'application de la loi nous semble ainsi inopportune (1). En revanche, la complémentarité et la stabilité des contrôles seraient renforcées si le Conseil pouvait être saisi pour avis par la Cour de cassation ou le Conseil d'État (2).

¹ Déc. préc. §28 et §29.

² Nous insistons, dans la mesure où les termes utilisés ne font ici aucunement référence à la distinction « contrôle abstrait » et « contrôle concret », pourtant souvent présente dans les arrêts de la Cour européenne. L'abandon de la mise en valeur de cette dichotomie est à saluer, au profit de celle centrée sur l'objet et les effets de la norme, d'autant que l'on constate qu'elle ne nuit aucunement à la lisibilité de la décision.

³ Déc. préc. §30.

225. La voie complexe d'un contrôle de l'application. La question d'un contrôle de l'application de la loi telle qu'il est pratiqué par les juges de la conventionnalité semble assez vite tranchée. Cela a déjà été mentionné¹ : la nature du contrôle et ses effets impliquent qu'il se cantonne au contenu du texte. D'autant que l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution semble laisser peu de place au doute : « *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée* ». La seule issue possible semble donc être l'abrogation, et donc la disparition de la norme, si on en adopte une interprétation très stricte. L'écarter au seul cas particulier irait donc à l'encontre de la lettre du texte, si l'on considère que la latitude n'est laissée au Conseil qu'en ce qui concerne la possibilité de différer la date de l'abrogation de la norme contestée, et de régir les conditions et limites de ses effets pendant ce laps de temps. De plus, selon la Professeure LEVADE, il semble que cela ne soit pas l'optique visée par le Conseil². S'il fallait souhaiter qu'un contrôle de l'application des lois puisse voir le jour, une révision de la Constitution serait nécessaire.

Une autre évolution serait aussi envisageable, si le Conseil souhaitait véritablement opter pour l'utilisation de ce type de contrôle : l'extension des réserves d'interprétation, et plus particulièrement des réserves d'interprétation neutralisantes³. Ces dernières sont notamment utilisées lorsque le Conseil entend éliminer, à titre préventif, une interprétation d'une disposition qui pourrait porter atteinte aux droits contenus dans la Constitution. Appliquée au contrôle de l'application des lois, il suffirait pour les juges du Palais-Royal de déclarer d'abord, classiquement, la disposition conforme à la Constitution, puis de l'assortir d'une réserve d'interprétation mais qui serait très précise et ciblée. Autrement dit, d'énoncer explicitement quelle application du texte pourrait conduire à son inconstitutionnalité. Une fois cela fait, il lui faudrait constater que dans l'espèce qui lui est soumise, on se trouve précisément dans une telle

¹ V. §198 et suivants de la thèse.

² « *Anne LEVADE souhaite revenir sur l'argument de Baptiste Bonnet concernant les changements qui pourraient conduire, le cas échéant, à une concrétisation du contrôle a posteriori. Sur ce point, après avoir évoqué sa participation à un récent colloque au Conseil constitutionnel, elle insiste sur le fait qu'il ne lui semble pas que cela soit la démarche actuellement souhaitée au Palais-Royal* », Table ronde, modérateur : Anne LEVADE, « La QPC et la question de la distinction/fusion des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité », in P. GAÏA, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'Institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.51. C'était du moins le cas à cette date, début 2015 : le contrôle de l'application de la loi s'étant davantage développé depuis, il est possible que l'affirmation puisse être aujourd'hui plus nuancée.

³ Pour un panorama des différentes réserves d'interprétation, V. par ex. SAMUEL (Xavier), « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », exposé présenté à l'occasion de l'accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007, site internet du Conseil constitutionnel.

application, et qu'ainsi, l'interprétation faite de la norme, dans le cas qui lui est soumis, est inconstitutionnelle : la disposition en elle-même demeurerait donc conforme à la Constitution, dans le respect de l'article 62. Le Conseil pourrait se réfugier dans une lecture souple qui lui permettrait de faire jouer sa possibilité de déterminer « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* »¹. Les Professeurs Julien BONNET et Agnès ROBLLOT-TROIZIER, suivant l'hypothèse du Professeur Mathieu DISANT², soulignent que pour que les pourvois soient admissibles, le filtrage des QPC pourrait s'orienter vers des renvois « en tant que ». Cela permettrait d'élargir le spectre des questions qui pourraient être posées, le caractère « nouveau » étant ainsi apprécié de manière plus souple et circonstanciée. Une disposition législative déjà examinée dans un précédent contrôle pourrait ainsi être réexaminée, à la lumière de son application concrète à l'espèce dans laquelle est posée la QPC. Cela implique néanmoins que le Conseil soit en capacité d'avoir suffisamment connaissance des faits qu'il lui faudra mobiliser pour justifier d'une inconstitutionnalité circonstanciée³. Toutefois, « *force est de constater qu'une telle pratique de la part du Conseil serait en l'état probablement intenable* »⁴, et impliquerait une réforme d'importance de la loi organique. D'autant que le Conseil croulerait sur une masse trop importante de questions, et qu'il n'est pas rompu à la pesée des intérêts particuliers qu'impliquerait le contrôle de l'application de la loi. De plus, les juges du filtre semblent refuser

¹ V. dans le même sens J. BONNET, A. ROBLLOT-TROIZIER, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017, p.821, spéc. p.847.

² V. M. DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2011, p.108, §130.

³ V. sur cette question de la prise en compte des faits, Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, p.484 et suiv., §714. Dans cette perspective, le juge constitutionnel pourrait ainsi s'apparenter de plus en plus à une Cour suprême, chargée de donner le dernier mot. Monsieur le Professeur Nicolas MOLFESSIS évoque à ce sujet un « *épouvantail* [appelé] « *Cour suprême* », qui désigne un Conseil constitutionnel revêtu d'habits qui ne siéent pas au système juridique français », V. N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011/2, n°137, p.83, spéc. p.91. Monsieur le Professeur Guillaume DRAGO estimait quant à lui, alors même qu'il n'était pas encore question d'une quelconque concrétisation de la jurisprudence des juges du Palais-Royal, que « *le contrôle de constitutionnalité d'une jurisprudence constante comporte un risque intrinsèque qu'il ne faut pas nier : transformer la QPC en voie de recours juridictionnelle contre les décisions des cours suprêmes administratives et judiciaires* », V. G. DRAGO, « QPC et jurisprudence constante, fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, 2011, n°158, p.11. V. aussi dans un sens similaire, A. VIALA, « De la puissance de la QPC à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP* 2011, n°4, p.965. Pour une analyse des conséquences positives d'une telle possibilité, renouvelée à l'aune de la QPC, V. par ex. D. de BÉCHILLON, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.109. La « concrétisation » de son contrôle n'en fait ainsi aucunement une Cour suprême. Marc GUILLAUME, souligne ainsi que « *le Conseil continue à exercer un contrôle abstrait. Ce système ne fait pas du Conseil constitutionnel une Cour suprême au-dessus du Conseil d'État et la Cour de cassation. Au contraire il organise une complémentarité dans l'organisation juridictionnelle et dans l'exercice des contrôles* », V. M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité. Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP G* 2012, n°24, doct. 722, spéc. p.1182.

⁴ Th. LARROUTUROU, *op. cit.* §715 et suiv.

la transmission de questions de constitutionnalité portant sur un contrôle de l'application des lois. C'est le cas de la chambre criminelle qui, dans un arrêt du 1^{er} février 2017¹, après avoir refusé de renvoyer une QPC², exerce un contrôle de l'application de la même disposition³. Un autre refus de renvoi⁴ avait été opposé cinq années après un contrôle de la compatibilité de l'application de la même disposition, dans une décision du 6 juillet 2016⁵. La Cour de cassation pourrait donc aisément faire obstacle, si elle le souhaitait, à ce que soient renvoyées des QPC, comme elle le faisait lorsque son contrôle de conventionnalité ne portait que sur le contenu des textes.

226. La perte d'intérêt de la dualité des contrôles. Si le contrôle de l'application des lois était confié au Conseil par le mécanisme de la QPC, le contrôle de conventionnalité postérieur serait dépourvu d'intérêt. L'autorité actuellement constatée des décisions du juge judiciaire sur le juge ordinaire le déposséderait de sa capacité à contrôler l'application de la norme. Pire, en cas de constat de constitutionnalité du contenu et de l'application lors d'une QPC, le juge ordinaire pourrait être tenté de distinguer son contrôle de celui du Conseil, ce qui conduirait à des divergences nuisibles à la cohérence du système français de protection des droits fondamentaux. La complémentarité des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité s'en trouverait neutralisée, alors qu'on en a observé les vertus. D'autant que le contrôle du contenu des lois sur le plan constitutionnel revêt une force qu'il ne faut pas négliger, et qui n'est pas comparable à celle que détient le juge ordinaire sur le plan conventionnel. Nous adhérons ainsi à l'analyse de Monsieur LARROUTUROU, qui conclut que « *le Conseil constitutionnel n'a nullement à rougir de son apport à la protection des droits et libertés, quand bien même il n'exerce pas un contrôle de la même nature que celui de la Cour de Strasbourg et des juridictions ordinaires. La concrétisation du contrôle du Conseil constitutionnel, dans le sens qui lui est donné dans ces lignes, échappe ainsi autant au domaine du possible qu'à celui du nécessaire* »⁶. Nous plaiderons plutôt en faveur d'un renforcement du dialogue entre Cour de cassation et Conseil constitutionnel et Cour de cassation, en vue de renforcer la complémentarité des deux contrôles, tout en maintenant leur distinction.

¹ Crim. 1^{er} février 2017, n°15-84.511.

² Dans la même affaire dans un arrêt précédent, Crim., 30 mars 2016, n°15-84.511.

³ Il s'agissait d'une confrontation entre le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une race, une religion ou une nation déterminée. Le maire d'une commune, auteur des faits et condamné par les juges du fond, avait soulevé une QPC qui n'avait pas été renvoyée, et avait aussi soulevé des moyens en conventionnalité, eux aussi rejetés.

⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 24 février 2011, n°10-40.068.

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n°15-19.853.

⁶ Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, p.488, §721.

2/ *L'intérêt d'une saisine pour avis du Conseil constitutionnel par la Cour de cassation et le Conseil d'État*

227. Réserves. Avant d'entamer le propos, il convient de préciser qu'une telle proposition ne sera pas abordée avec précision, dans la mesure où elle ne constitue pas le cœur de l'étude, centrée sur le contrôle exercé par le juge judiciaire. D'autant que son auteur ne prétend aucunement avoir la compétence suffisante pour adopter une telle démarche : le présent propos ne vise ainsi qu'à émettre une idée qui ne paraît pas dénuée d'intérêt, et d'en défendre les vertus. À noter qu'elle est proposée bien évidemment tant au profit de la Cour de cassation que du Conseil d'État, aucune spécificité ne justifiant de distinguer les deux cours sur ce point.

228. Structuration du dialogue. Les contrôles de la loi sont le terreau du fameux « dialogue des juges », qui semble désormais se structurer autour des saisines pour avis. En effet, les juges des ordres administratif et judiciaire peuvent mutuellement se poser une question préjudicielle, et dialoguer aussi par ce biais avec la Cour de justice de l'Union européenne ou encore avec la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'entrée en vigueur du Protocole 16. Or, aucun mécanisme de ce type n'existe au profit du Conseil constitutionnel¹. La proposition peut certes paraître peu utile, voire constituer une forme de doublon avec la QPC. Ce n'est aucunement le cas. En effet, même si les hypothèses sont peu nombreuses, du moins depuis l'entrée en vigueur de la QPC, la possibilité pour la Cour de cassation et le Conseil d'État de se prononcer sur la conventionnalité du contenu des textes, sans que ne soit formulée une question prioritaire de constitutionnalité, perdure. Dans le cas où l'inconventionnalité du contenu de la loi est prononcée, il est assez peu cohérent que son existence soit préservée. D'autant qu'elle risquerait de toujours être appliquée devant certaines juridictions du fond, dans l'attente d'une réforme législative, ou qu'une QPC soit formée dans une affaire ultérieure. Permettre aux hauts magistrats des deux ordres de juridiction de saisir le Conseil constitutionnel d'un « avis en constitutionnalité » sur le contenu du texte peut être intéressant lorsqu'une suspicion sérieuse d'inconventionnalité se pose². Cela pourrait par exemple être le cas lorsque

¹ À noter qu'une telle proposition entre en cohérence avec le rapport rendu par la commission de réflexion « Cour de cassation 2030 », rendu en juillet 2021. Parmi les recommandations émises figure la création d'« une structure permanente de dialogue entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation » (V. p.58, recommandation n°10). De manière générale, le rapport insiste sur la nécessité d'un renforcement du dialogue inter-juridictionnel, ce à quoi nous adhérons.

² L'idée d'une saisine du Conseil constitutionnel par le Conseil d'État avait d'ailleurs été émise de longue date par le Président Raymond ODENT, qui estimait, du temps des débats issus de la jurisprudence antérieure à la jurisprudence *IVG* et à la décision *Nicolo*, qu'« en l'état actuel du droit public français, le problème que posent d'éventuelles discordances entre une loi et un traité qui lui est antérieur ne comporte pas de solution satisfaisante.

le Conseil d'État est saisi en référé, ou encore lorsque la Cour de cassation est elle-même saisie d'un avis portant sur la conventionnalité du contenu d'une loi : des QPC ne sont pas nécessairement formulées. Dans ces hypothèses, l'intérêt réside en grande partie dans l'efficacité d'une telle démarche. En effet, qu'il s'agisse d'un référé liberté ou d'une saisine pour avis de la Cour de cassation – ou plus largement dans tous les cas dans lesquels le fondement conventionnel serait exercé seul – l'avis en constitutionnalité serait laissé entre les mains des hautes juridictions, qui détermineraient elles-mêmes l'opportunité d'une telle voie, et la motiveraient. La transmission de « l'avis en constitutionnalité » permettrait de rapidement trancher sur la conformité de la norme à la Constitution. Une telle proposition permettrait ainsi de conserver la complémentarité des contrôles.

229. La préservation de la complémentarité des contrôles du contenu. Nous l'avions observé, la distinction entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité permet au justiciable de construire une véritable stratégie procédurale qui doit être préservée. Dans le cas où un contrôle de conventionnalité est exercé isolément, la possibilité pour la Cour de cassation de demander au Conseil constitutionnel un avis sur la constitutionnalité du texte critiqué sur le plan conventionnel nous semble pleinement satisfaire cet objectif, tout en atténuant les inconvénients liés à la distinction des deux contrôles. En effet, la demande d'avis permettrait de lier systématiquement contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité du contenu du texte, qui ne diffèrent – et c'est l'essence de leur complémentarité – que par leurs effets. La potentielle inconventionnalité du contenu du texte, supputée par les hauts magistrats, verrait son effet considérablement renforcé si elle était directement soumise à un « avis en constitutionnalité », qui emprunterait toutefois les mêmes effets qu'une QPC. En cas de non-conformité constitutionnelle, l'intérêt serait d'octroyer au Conseil constitutionnel la possibilité d'abroger le texte selon les mêmes modalités. Dans ces cas, le raisonnement tenu précédemment, notamment en cas d'effet « inutile » de l'abrogation, serait totalement similaire.

*La difficulté doctrinale et pratique qui en résulte est grave. Elle ne pourrait être levée que par une modification de la Constitution qui, par exemple, permettrait au Conseil d'État de renvoyer à titre préjudiciel, au Conseil constitutionnel, la question de savoir si une disposition de valeur législative peut être appliquée bien qu'elle paraisse inconciliable avec un traité qui lui est antérieur et qui élargirait la compétence du Conseil constitutionnel pour qu'il puisse trancher cette question », V. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, p.144, cité par D. LABETOULE, « Des Semoules à Nicolo », *RFDA* 2014, p.585. Le Président LABETOULE en souligne toutefois indirectement l'actualité, en mentionnant que « la décision Nicolo n'a pas mis fin à la difficulté - en quelque sorte consubstantielle au sujet - qu'il peut y avoir à combiner le principe (théorique) de prééminence du droit international sur le droit interne - principe touchant à la hiérarchie des normes - avec la situation institutionnelle (concrète) du juge de droit interne ».*

La structuration du dialogue pourrait de surcroît conduire à renforcer l'autorité des décisions du Conseil lorsqu'il constate une conformité à la Constitution.

230. Le renforcement de l'autorité des décisions du Conseil. Cela a été clairement démontré dans la thèse de Monsieur LARROUTUROU, « *l'autorité directive de la chose validée permet ainsi une indispensable conciliation entre l'impérative prise en considération de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'une part, et l'exigence d'autonomie qui s'attache au contrôle de conventionnalité, d'autre part* »¹. D'un point de vue interne, il nous semble que la possibilité d'user d'un avis en constitutionnalité ne pourrait que renforcer l'autorité des décisions du Conseil. Elle serait en effet pleinement consentie, dans la mesure où elle réclamée par une juridiction qui s'y conformerait donc par la suite volontairement². Le brevet de constitutionnalité ainsi conféré serait ensuite nécessairement assorti d'un brevet en conventionnalité, qui ne ferait pas obstacle au contrôle de l'application du texte. Au-delà d'un doublon, il s'agirait d'un outil supplémentaire visant à favoriser la cohérence du système français de protection des droits fondamentaux, forts de trois organes internes distincts chargés du contrôle des mêmes normes au regard de sources différentes. Il s'agirait ainsi d'une forme d'« autorité consentie de la chose validée », dont on devinait déjà les contours par la volonté même de transmettre les questions prioritaires de constitutionnalité³. La voie de l'avis nous semble être la plus souple, permettant de ne pas bouleverser l'agencement actuel des contrôles de la loi, que l'on estime équilibré, tout en renforçant ses avantages et en atténuant – certes sans les neutraliser pleinement – ses faiblesses.

¹ Th. LARROUTUROU, *op. cit.*, p.371, §545.

² Dans cette logique, il est évident que l'avis en constitutionnalité n'aurait pas à lier la Cour de cassation et le Conseil d'État, conformément à l'esprit des saisines pour avis.

³ On l'avait observé, un tel consentement n'était qu'assez peu caractérisé dans les premiers temps de la QPC.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

231. Le développement des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois en vigueur a considérablement modifié les rapports entre les juges qui en ont la charge. Si leur concurrence a pu initialement être un frein, elle a ensuite conduit le juge judiciaire à développer le contrôle de l'application des lois : l'absence d'identité des contrôles exercés les rend d'autant plus complémentaires, et renforce l'intérêt de préserver un système – certes complexe – de protection des droits fondamentaux dans lequel les sources constitutionnelle et conventionnelle de droits fondamentaux sont dissociées.

232. Le contrôle du Conseil constitutionnel demeure cantonné au contrôle du contenu de la norme, même s'il introduit parfois à la marge les circonstances factuelles pour l'affiner : le caractère « concret » de cette introduction n'est pas à assimiler avec le contrôle de l'application de la loi pratiqué par le juge judiciaire. À nouveau, la distinction fondée sur les caractères abstrait ou concret des contrôles, liée à leurs effets trouve ici une nouvelle limite. La distinction « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » des lois, uniquement liée à l'objet et aux effets des contrôles et combinée à ses caractères, semble permettre de mieux identifier les rapports entre les différents contrôles pratiqués. Sous ce prisme, le juge constitutionnel contrôle uniquement le contenu des lois. Il demeure abstrait dans la plupart des cas, mais peut désormais prendre une dimension concrète, notamment lorsqu'il s'agit d'émettre certaines réserves d'interprétation. Un tel contrôle est d'ailleurs sans conteste à rapprocher du contrôle indirect du contenu de la loi pratiqué par le juge judiciaire, notamment lorsqu'il conduit à interpréter la loi conformément à un droit d'origine conventionnelle. Ce dernier exerce toutefois aussi, contrairement au juge constitutionnel, un contrôle de l'application de la loi, qui lui permet de l'écarter dans des circonstances particulières. Par conséquent, l'identité de l'objet et des effets des contrôles pratiqués ne sont pas totalement identiques.

233. Une telle absence d'identité totale n'est toutefois pas un frein à leur articulation harmonieuse. L'intégration du double contrôle de la loi par le juge judiciaire apparaît, malgré quelques points de tensions, globalement équilibrée, chaque acteur du contrôle de la loi ayant la pleine conscience de la nécessité d'assurer la cohérence du système. Le contrôle du contenu de la loi qu'exerce le juge constitutionnel conduit dans certains cas à un effet différé de l'abrogation prononcée : dans l'attente d'une modification législative postérieure, cela permet

au juge judiciaire d'amender la norme, au travers d'un contrôle indirect de son contenu, afin qu'une telle interprétation conforme aux exigences conventionnelles puisse profiter au justiciable. La complémentarité des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, du point de vue du contrôle du contenu de la norme, est ainsi pleinement assurée précisément par la disparité de leurs effets. De surcroît, elle est aussi renforcée lorsqu'il s'agit pour le juge judiciaire d'articuler le contrôle de l'application de la norme dont le contenu a été préalablement déclaré conforme à la constitution : si sa seule application est contraire, dans les circonstances de l'espèce, à un droit fondamental, elle pourra être écartée dans cette seule limite sans entrer en contradiction avec le contrôle constitutionnel.

234. Enfin, l'étude des contrôles du juge constitutionnel et des juges ordinaires nous a conduit à constater que leurs outils de dialogue gagneraient à être renforcés. Dans la mesure où le juge interne de la conventionnalité peut être amené à contrôler seul le contenu du texte, mais qu'il ne bénéficie pas de l'effet abrogatoire qui est détenu par le Conseil constitutionnel, il nous semble qu'instaurer une saisine pour avis de la part des premiers vers le second pourrait être une voie « judiciaire » intéressante du contrôle de constitutionnalité des lois en vigueur. Elle renforcerait l'autorité du Conseil, qui deviendrait d'autant plus consentie, vis-à-vis des juges de la conventionnalité. Elle permettrait, notamment en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, une épuration plus rapide des lois dont le contenu est jugé inconstitutionnel, sans ralentir excessivement l'instance ni bouleverser la répartition actuelle des contrôles de la loi. Donner aux juges de la loi des instruments structurés de dialogue, en leur laissant le soin de les mobiliser lorsqu'ils l'estiment nécessaire, nous semble être la voie la plus douce vers le renforcement de leur cohérence et de leur équilibre. Cela justifiera d'ailleurs une nouvelle fois les propositions formulées à l'issue du travail doctoral, qui pourrait aisément s'articuler avec la proposition formulée au sein du présent chapitre¹.

¹ Une telle proposition sera développée *infra*, V. spécialement §442 de la thèse, et a justifié l'intégration de l'article L441-4-3, 3°.

CONCLUSION DU TITRE 2

235. L'absence d'identité entre le contrôle du juge judiciaire et les contrôles des juges de l'Union et du Conseil, qui tous deux se « concrétisent », nous conduit à conclure que la distinction « contrôle abstrait » et « contrôle concret » liée aux effets des contrôles engendre dans ces cas des confusions qui nous confirment que son caractère opératoire est à relativiser. Le cumul de la dichotomie « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » avec les caractères propres à chaque contrôle paraît ainsi plus à même d'identifier leurs rapports, et de mesurer leurs différences.

236. Ces dernières sont de divers ordres : elles portent tant sur les normes contrôlées, les normes de références du contrôle, que sur ses effets et ses caractères, qui concernent tantôt le seul contenu de la loi, tantôt à la fois son contenu et son application, une concrétisation généralisée pouvant être observée. Malgré cela, une relative harmonie des sources peut être constatée, et les disparités des normes qui font l'objet du contrôle ne sont pas un obstacle à la cohérence du système. S'agissant des disparités des effets et de la nature des contrôles, ils renforcent au contraire leur complémentarité, et renouvellent l'intérêt de disposer de contrôles différenciés confiés à des juges distincts. Il est bien évident que certains facteurs de divergences ont pu être observés, mais ils demeurent marginaux et s'effacent le plus souvent devant l'impératif d'efficacité du système européen de protection des droits fondamentaux, structuré autour d'un dialogue facilité par les avis ou les questions préjudicielles. L'équilibre est donc atteint, et ce dans la diversité. La communication entre les juges internes de la constitutionnalité et de la conventionnalité nous semble toutefois perfectible. En effet, le seul instrument de dialogue demeure le filtrage des QPC, qui reste limité dans la mesure où il ne découle pas de l'initiative du juge ordinaire. Créer un « avis en constitutionnalité », outre les avantages déjà exposés, permettrait ainsi de renforcer la cohérence du système de ce point de vue. Favoriser les échanges plus rapides entre juge judiciaire et Cour de justice de l'Union européenne, en vue de permettre une meilleure cohérence des sources de droits fondamentaux et des ordres juridique paraît tout aussi indispensable, et justifiera les propositions formulées à l'issue du travail doctoral.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

237. La confrontation entre les différents contrôles de la loi nous a permis de vérifier le caractère opératoire d'une dichotomie fondée sur le contrôle du « contenu » et de « l'application » de la loi, associée à son caractère concret ou abstrait. Elle permet en effet de mieux analyser la nature et les multiples aspects des différents contrôles de la loi pratiqués par des juges distincts. Plusieurs figures peuvent être identifiés, et seront citées. Premièrement, les juges judiciaires et administratifs exercent un contrôle du contenu de la loi, qui peut être direct et abstrait, indirect et abstrait, ou encore indirect et concret. Quel que soit le cas, ses effets sont généraux. À ces formes de contrôle du contenu s'additionnent un contrôle plus récent de l'application de la norme, toujours concret, qui permet de l'évincer seulement dans l'affaire en cause. Deuxièmement, la Cour européenne des droits de l'homme peut quant à elle pratiquer un contrôle de l'application de la norme, toujours concret, qui peut emporter les mêmes effets et caractères que ceux des juges judiciaires et administratif. Elle y associe désormais un contrôle implicite du contenu de la norme, certes concret, dont les effets généraux le rapprochent du contrôle exercé par les juges internes. Par conséquent, une certaine identité des contrôles entre Cour européenne des droits de l'homme, juge judiciaire et juge administratif a pu être identifiée. Troisièmement, et enfin, les contrôles du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne demeurent strictement cantonnés au contenu de la norme – seulement législative pour le premier, et mettant en œuvre le droit de l'Union pour le second – et sont généralement abstraits, mais peuvent parfois revêtir une dimension concrète. En cela, ils diffèrent des contrôles du juge judiciaire, ce qui nous a conduit à constater une identité seulement partielle de l'objet et des effets contrôlés.

238. L'examen de l'évolution de la nature du contrôle de la loi exercé par l'ensemble des organes juridictionnels permet de constater que l'articulation entre les contrôles de son contenu et de son application conduit à une relative cohérence, malgré la profonde complexité qui découle de ces évolutions multiples. Que l'objet et les effets des contrôles soient identiques ou non, leur complémentarité est renforcée, qu'il s'agisse d'une juridiction supranationale ou nationale, et ce quelles que soient les sources de droits fondamentaux mobilisées. La dichotomie utilisée nous permet de les récapituler fidèlement et montre que l'intégration du double contrôle de la loi pratiqué par le juge judiciaire est équilibrée au sein du paysage juridictionnel.

239. S'agissant des rapports que le juge judiciaire entretient avec la Cour européenne, il semble que les mutations réciproques de leurs contrôles conduisent à une reconfiguration des rôles de chacun, sur fond de valorisation du principe de subsidiarité : l'appropriation par le juge judiciaire du contrôle de l'application de la loi peut permettre aux juges strasbourgeois de se concentrer davantage, le cas échéant, sur les atteintes systémiques et les atteintes les plus graves qui seraient portées devant elle. En ce qui concerne le juge administratif, l'enjeu demeure celui de la cohérence entre les deux ordres juridictionnels, l'un ne devant pas être plus protecteur que l'autre : l'appropriation par le juge administratif, avant le juge judiciaire, d'un contrôle similaire de l'application des lois, semble globalement satisfaire un tel objectif, même si les cas d'exclusion du contrôle devraient être abandonnés pour qu'il le soit pleinement. Du point de vue des rapports qu'il entretient avec le juge constitutionnel, l'identité partielle d'objet et d'effets des contrôles conduit à une double complémentarité : le contrôle du contenu du juge judiciaire peut être un bel outil de modulation dans le temps des décisions d'abrogation du Conseil constitutionnel ; et le contrôle de l'application du juge judiciaire peut permettre d'écarter la norme lorsque son application à l'espèce contrevient à un droit d'origine conventionnelle, même lorsque le contenu de la norme a été préalablement jugé conforme à la Constitution. Ce second aspect est d'ailleurs similairement observable dans les rapports qu'entretient le juge judiciaire avec la Cour de justice de l'Union européenne, qui elle aussi pratique un contrôle cantonné au contenu de la norme mettant en œuvre le droit de l'Union. Ainsi, il semble que le double contrôle de la loi qu'exerce désormais le juge judiciaire puisse s'intégrer de manière plutôt équilibrée au sein du paysage juridictionnel.

240. Même si subsistent de rares points de frictions, l'institutionnalisation et la procéduralisation du dialogue des juges ne peuvent conduire qu'à un renforcement de l'équilibre déjà constaté¹. Une telle observation nous semble valable quel que soit l'organe

¹ Nous adhérons ainsi aux propos de la Conseillère et Professeure POILLOT-PERUZZETTO, qui conclut à juste titre que « *si les constructions européennes se comprennent dans le schéma vertical d'une première phase vécue comme des rencontres de normes régies par le principe de primauté, la force des échanges entre les juges a considérablement modifié les modalités des rapports. En effet, les rencontres entre juges, et, sans doute, celles entre praticiens, ont construit des relations horizontales, tant entre juges nationaux qu'entre juges nationaux et juges européens. La force des solutions ainsi retenues, comme la multiplication des échanges, formels par les avis et les questions préjudicielles, informels par les réseaux, conduisent les juges, au-delà de toute relation de contrainte, à s'interroger, y compris dans les domaines non investis par le droit européen, sur leur manière de construire les solutions.*

En réalité, ces échanges entre les juges illustrent ce que les biologistes mettent en lumière : la relation vivante passe nécessairement par un échange avec des corps étrangers. Les normes entre elles, si étrangères soient-elles, ne communiquent pas, n'échangent pas, elles s'opposent, s'annihilent ou s'articulent par le biais d'autres normes. Il n'y a ainsi pas de relation vivante dans la rencontre des normes, à la différence des rencontres humaines entre

juridictionnel auquel le juge judiciaire est confronté, ce qui nous a permis de cibler un certain nombre de carences. Développer davantage les saisines pour avis paraît ainsi être la voie idéale pour ce faire. Elle nous a conduit à formuler quelques propositions, notamment s'agissant d'une saisine pour avis mutuelle entre Conseil d'État et Cour de cassation, mais aussi de la part des deux Hautes juridictions au profit du Conseil constitutionnel. Enfin, une saisine pour avis de la Cour de cassation¹ par les juges du fond, spécialement dédiée au contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application de la loi, et articulée avec les différentes saisines précitées, paraît être une voie idoine pour renforcer l'équilibre inter-juridictionnel existant et en atténuer les carences. Une telle solution, proposée en fin d'étude², permettrait de surcroît de mieux intégrer en droit français les mutations engendrées par le double contrôle par le juge judiciaire de la loi aux droits fondamentaux. En effet, cette intégration nous semble être un réel atout pour le droit français, mais demeure perfectible.

les juges, entre les praticiens, entre les universitaires ; ce constat est essentiel dans le contexte de la montée en puissance de l'intelligence artificielle.

L'Europe est précisément vivante de ces débats qui, pour les citoyens, donnent aux décisions de justice, écartant l'illusion d'une vérité humaine unique, une indéniable légitimité », V. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Le processus d'uniformisation des jurisprudences par les cours européennes et les juges nationaux », *D.* 2020, p.997.

¹ Le raisonnement s'applique tout autant au Conseil d'État.

² Cet aspect sera rappelé lorsqu'il s'agira d'évoquer plus en détail de telles propositions (V. §441 et §442 de la thèse) et justifie la proposition d'article formulée à l'article L441-4-3 de l'annexe 1.

**PARTIE 2 : L'INTÉGRATION PERFECTIBLE DU
DOUBLE CONTRÔLE DE LA LOI DANS LE SYSTÈME
JURIDIQUE FRANÇAIS**

241. Comme le souligne le Professeur ROUVIÈRE, le contrôle de proportionnalité « *n'est qu'une forme de raisonnement résiduelle en droit privé pour l'application de la loi et qui prend aujourd'hui une certaine importance au regard de la montée en puissance des droits fondamentaux. Dans un pays de tradition romano-germanique comme le nôtre, la proportionnalité ne peut remplacer la loi ni même la prolonger, l'extension se faisant plutôt par l'analogie avec les précédents jurisprudentiels ou, au besoin, par l'élaboration de définitions jurisprudentielles. Il n'y a donc ni règne du fait, ni règne de l'équité, ni mutation de la Cour de cassation à redouter si le contrôle de proportionnalité du droit interne est cantonné à ce qu'il est : une analyse préalable de la conformité des règles de droit à la Convention sans que cette analyse donne directement la clé du litige* »¹. L'intégration de la simple possibilité, pour le juge judiciaire, de contrôler la compatibilité de la loi aux droits fondamentaux a engendré une mutation progressive de notre système juridique. L'interprétation des lois avait déjà permis d'identifier son pouvoir modérateur croissant sur la loi, mais l'admission du contrôle du contenu puis de l'application des lois est une étape supplémentaire qui marque un tournant dans les rapports qu'entretient le juge avec la norme législative. L'inspiration de méthodes venues de pays de *common law* a conduit à leur intégration au droit européen des droits de l'homme, et a irrigué le contrôle de la Cour européenne. Ce dernier s'impose au système juridique français, pourtant fondé sur l'interdiction pour le juge d'être un organe créateur de règle de droit, ce qui a engendré de profondes mutations qui peuvent être profitables sous réserve d'être maîtrisées. Loin de conduire aux dérives imaginées lors de l'admission par les juges ordinaires du contrôle de la compatibilité de l'application des lois aux droits fondamentaux d'origine conventionnelle, il s'agira d'abord de montrer qu'au contraire, du double contrôle qu'exerce le juge judiciaire découlent des bienfaits sur la règle de droit (Titre 1). Toutefois, le propos reste à nuancer. Les craintes exposées par certains courants de la doctrine quant au contrôle de la loi par le juge ordinaire demeurent fondées. Il s'agira de montrer que pour que de tels bienfaits puissent prospérer, un encadrement du double contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application des lois est nécessaire (Titre 2).

¹ F. ROUVIÈRE, « Existe-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités*, n°24, ENM, décembre 2020, p.40.

TITRE 1 – Les bienfaits du double contrôle sur la règle de droit

242. Cela a été montré, le contrôle exercé par le juge judiciaire peut porter tant sur le contenu de la norme que sur son application. Dans le premier cas, il s'agit de considérer qu'elle est, en elle-même, contraire à un droit fondamental, et qu'elle doit donc être écartée dans toutes les affaires qui lui sont soumises. Dans le second cas, il s'agit au contraire de considérer que ce n'est pas son contenu qui est incompatible avec un droit fondamental, mais plutôt son application à l'espèce. La norme doit donc être écartée, mais seulement dans l'affaire soumise à l'appréciation du juge. De prime abord, on pourrait penser qu'un tel raisonnement conduit à affaiblir la norme écartée, qu'elle le soit de manière générale ou seulement dans l'affaire en question. Nous verrons dans le présent titre que ce n'est aucunement le cas. En effet, le double contrôle conduit au contraire au renforcement de la norme contrôlée (Chapitre 1). Les bienfaits ne se limitent pas seulement à la stricte qualité de la norme contrôlée. Le double contrôle de conventionnalité est la traduction d'une mutation du système juridique français, désormais inspiré d'une partie des logiques démocratiques des pays de *common law*. C'est par ce biais l'élaboration de la règle de droit qui se trouve modifiée. Ainsi, le pouvoir confié au juge pour contrôler la loi n'est que la traduction de la construction progressive d'une véritable démocratie judiciaire (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le renforcement de la norme contrôlée

243. Le contrôle de la loi par le juge implique désormais qu'il puisse l'écartier de manière générale soit parce que son contenu est contraire à un droit fondamental, soit dans le cadre de la seule affaire qui lui est soumise lorsqu'il en contrôle l'application. Ce simple constat pourrait permettre de conclure à un affaiblissement de la norme, désormais remise en cause au gré des volontés juridictionnelles, qu'elles soient nationales ou supranationales. L'objet du présent chapitre sera au contraire de montrer que le contrôle pratiqué par le juge judiciaire conduit, contrairement aux apparences, à un renforcement de la norme contrôlée. En effet, l'étude des décisions dans lesquelles le contrôle est pratiqué conduit à un constat évident : dans l'immense majorité des cas, et quel que soit le contrôle pratiqué, le juge fait le constat de sa compatibilité avec le droit fondamental en cause. Ainsi, la validation presque systématique de la norme conduit à sa légitimation conventionnelle. Une conclusion similaire, différemment justifiée, peut aussi découler des rares cas dans lesquels elle est déclarée incompatible. Ainsi, la norme est renforcée tant lorsque le contrôle porte sur son contenu (Section 1) que lorsqu'il porte sur son application (Section 2).

Section 1 : Le renforcement de la norme par le contrôle de son contenu

244. Le contrôle de conventionnalité qui est exercé sur le contenu de la norme par le juge judiciaire peut conduire à deux issues. La norme contrôlée peut être ainsi considérée comme compatible au droit fondamental en question. Dans ce premier cas, elle continuera à s'appliquer *erga omnes*, mais il n'en demeure pas moins que ledit contrôle conduira à lui conférer un brevet de conventionnalité, qui la renforce (I). Cela constitue l'immense majorité des décisions, dont il est d'ailleurs très complexe de dresser un portrait fidèle tant les normes contrôlées et validées sont nombreuses, dans les différentes formes, déjà évoquées, que revêt le contrôle du contenu du texte¹. Quelques exemples seront cités, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité. La norme contrôlée peut toutefois aussi voir son contenu jugé incompatible avec un droit fondamental.

¹ Il nous a semblé assez peu utile de distinguer au regard de la compatibilité directe ou indirecte du contenu des textes, précisément du fait de l'unité d'objet et d'effets qu'implique le contrôle : l'absence de catégorisation permet de montrer que dans tous les cas, la norme législative s'en trouve renforcée. Le choix a été effectué de plutôt raisonner par matières, pour dresser un panorama plus représentatif du contrôle de la compatibilité de la loi par le juge judiciaire.

Dans ce second cas, on pourrait considérer qu'elle s'en trouve affaiblie. Au contraire, on montrera que la norme est tout autant renforcée (II).

245. Le choix de citation des décisions. Préalablement, il convient de préciser qu'il a été choisi de raisonner par matières : l'objectif est aussi de montrer que, quelles que soient les figures du contrôle du contenu, qu'il soit direct ou indirect, l'efficacité de la dichotomie réside dans l'unicité de ses effets, et ce même lorsque le contrôle effectué prend en considération des circonstances factuelles. L'absence de subdivisions supplémentaires est donc volontaire, puisqu'elle permet de mettre en valeur cet aspect. De surcroît, il ne s'agit aucunement d'être exhaustif : seuls quelques exemples seront ainsi fournis, en vue d'illustrer la diffusion des conséquences positives du contrôle sur les diverses branches du droit. Un choix a donc été effectué, au regard des décisions citées dans la précédente partie et de celles qui seront citées *infra*.

I. Le renforcement de la norme par le constat de la compatibilité de son contenu

246. Le renforcement en matière pénale. Les décisions dans lesquelles la chambre criminelle valide le contenu des dispositions touchant à des règles de procédure pénale représentent la majorité des constats de compatibilité, toutes matières confondues. Lorsque la compatibilité est constatée, elle l'est ainsi dans ces cas la plupart de temps au regard du droit au procès équitable : dans la majorité des cas, une fois contrôlées, les dispositions ne subissent aucune modification législative postérieure, du moins s'agissant du grief dont elles auraient pu être entachées. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous dresserons un rapide panorama des normes « validées », à titre indicatif¹. Dans le code de procédure pénale, ce sont ainsi les articles 16-3²,

¹ La difficulté, déjà évoquée en début de première partie lorsqu'il s'agissait de recenser les décisions pour analyser les termes employés et identifier la nature du contrôle du contenu des lois, est reportée dans la présente partie. L'absence d'identité de formulation et de structuration des décisions complexifie considérablement la recherche. Les décisions citées ci-après ont donc été lues une par une, mais ne représentent qu'une infime partie du contrôle de la compatibilité du contenu des lois par le juge judiciaire. La multiplicité des décisions citées impose de réduire les références, et de ne pas détailler sur les évolutions postérieures de chacun des textes. Les textes cités le sont à la date à laquelle les décisions ont été rendues. Davantage de détails seront ensuite évoqués sur des exemples plus ciblés.

² Ass. plén., 01/07/1994, n°94-82.593.

40¹, 49², 77³, 81⁴, 88⁵, 91⁶, 105⁷, 113-1⁸, 114⁹, 126¹⁰, 127¹¹, 128¹², 132-20¹³, 132-24¹⁴, 137-3¹⁵, 138¹⁶, 143-1¹⁷, 144¹⁸ et 145¹⁹, 145-5²⁰, 148-1²¹, 148-2²², 151²³, 153²⁴, 154²⁵, 164²⁶, 173²⁷, 183²⁸, 186²⁹, 197³⁰, 198³¹, 199³², 215-1³³, 224 à 230³⁴, 306³⁵, 317³⁶, 331³⁷, 342³⁸, 351³⁹, 354⁴⁰,

¹ Crim., 08/09/2004, n°03-86.655.

² Crim., 09/02/2000, n°99-80.502.

³ Crim., 28/01/1992, n°91-86.119.

⁴ Ass. plén., 24/11/1989, n°89-84.439 ; Crim., 09/10/2002, n°01-83.947.

⁵ Crim., 03/04/2002, n°01-86.762.

⁶ Crim., 14/04/1999, n°98-81.113.

⁷ Crim., 14/05/2002, n°02-80.721 ; 25/02/2003, n°02-87.745 ; 25/11/2003, n°03-85.076 ; 18/02/2004, n°03-87.234.

⁸ Crim., 14/05/2002, n°02-80.721 ; 25/02/2003, n°02-87.745 ; 25/11/2003, n°03-85.076 ; 18/02/2004, n°03-87.234.

⁹ Crim., 11/07/1994, n°94-82.188 ; 20/12/1995, n°95-84.989 ; Ass. plén., 30/06/1995, n°95-13.035.

¹⁰ Crim., 20/02/1990, n°89-86.610.

¹¹ Crim., 20/02/1990, n°89-86.610.

¹² Crim., 20/02/1990, n°89-86.610.

¹³ Crim., 16/06/1999, n°98-82.881.

¹⁴ Crim., 16/06/1999, n°98-82.881.

¹⁵ Crim., 18/11/2003, n°03-85.050.

¹⁶ Crim., 25/07/1995, n°95-82.713 ; 26/06/2001, n°01-83.209 ; 22/01/2002, n°01-87.452.

¹⁷ Crim., 18/11/2003, n°03-85.050.

¹⁸ Crim., 06/12/1989, n°89-86.111 ; 06/03/1986, n°85-96.526 ; 06/03/1986, n°85-94.597 ; 20/10/1987, n°87-84.410.

¹⁹ Crim., 06/12/1989, n°89-86.111 ; 06/03/1986, n°85-94.597 ; 20/10/1987, n°87-84.410.

²⁰ Crim., 08/08/2001, n°01-83.790.

²¹ Crim., 06/03/1986, n°85-94.597 ; 20/10/1987, n°87-84.410.

²² Crim., 09/12/2008, n°08-86.248.

²³ Ass. plén., 24/11/1989, n°89-84.439.

²⁴ Crim., 14/05/2002, n°02-80.721 ; 25/02/2003, n°02-87.745 ; 25/11/2003, n°03-85.076 ; 18/02/2004, n°03-87.234.

²⁵ Crim., 20/02/1990, n°89-86.610 ; 14/05/2002, n°02-80.721 ; 25/02/2003, n°02-87.745 ; 25/11/2003, n°03-85.076 ; 18/02/2004, n°03-87.234.

²⁶ Crim., 09/04/1991, n°91-80.614 ; 06/09/1993, n°93-82.861.

²⁷ Crim., 09/11/1999, n°99-85.618.

²⁸ Crim., 21/11/2007, n°07-85.922.

²⁹ Crim., 27/11/2001, n°01-85.055 ; 24/06/2004, n°02-87.630.

³⁰ Crim., 20/12/1995, n°95-84.989 ; 27/11/2001, n°01-85.055 ; 08/10/2002, n°02-85.149 ; 13/02/2002, n°01-83.250 ; 25/02/2003, n°02-88.219 ; 26/03/2003, n°03-80.180 ; 17/06/2008, n°07-80.339 ; 08/09/2009, n°09-83.941.

³¹ Crim., 24/09/1998, n°98-83.618 ; 29/03/1989, n°89-80.383.

³² Crim., 03/07/1985, n°85-92.219 ; 29/03/1989, n°89-80.383 ; 10/04/1996, n°95-84.680 ; 21/10/1997, n°97-81.099 ; 27/11/2001, n°01-85.055 ; 07/10/2009, n°09-80.807.

³³ Crim., 09/02/2000, n°99-83.310.

³⁴ Crim., 26/02/1997, n°96-84.960.

³⁵ Crim., 28/04/1993, n°92-85.443 ; 03/04/1996, n°95-83.366.

³⁶ Crim., 31/03/2005, n°04-83.037.

³⁷ Crim., 14/05/1996, n°95-83.333.

³⁸ Crim., 02/06/2005, n°05-01.511.

³⁹ Crim., 06/12/2000, n°00-81.648.

⁴⁰ Crim., 02/09/2004, n°03-86.981.

385¹, 410², 411³, 417⁴, 431⁵, 469-1⁶, 492⁷, 497⁸, 498⁹, 500¹⁰, 502¹¹, 503-1¹², , 509¹³, 512¹⁴, 515¹⁵, 520¹⁶, 530¹⁷, 530-1¹⁸, 537¹⁹, 572²⁰, 575²¹, 593²², 695-11 à 693-15²³, 695-22 à 695-51²⁴, 703²⁵, 706-14²⁶, 711²⁷, 713²⁸, 744²⁹, 752³⁰, 801³¹, 803-1³² qui font l'objet d'un contrôle de leur contenu. Dans tous les arrêts cités, la Cour de cassation considère qu'elles sont compatibles, parfois à plusieurs reprises : cela témoigne du fait que le contrôle du contenu des normes conduit essentiellement à constater leur compatibilité aux droits fondamentaux contenus dans les traités, ce qui se vérifie d'ailleurs en droit pénal de fond. En effet, c'est aussi le cas de dispositions du Code pénal, comme par exemple les articles 80-3³³, 112-2³⁴, 131-26³⁵, 131-

¹ Crim., 26/09/2006, n°05-86.583.

² Crim., 10/01/1991, n°90-80.354 ; 21/06/1995, n°94-84.571 ; 06/05/1997, n°96-82.328 ; 12/10/2004, n°04-80.361.

³ Crim., 14/09/2004, n°03-87.745.

⁴ Crim., 04/01/2006, n°05-83.096.

⁵ Crim., 21/05/2008, n°08-80.017.

⁶ Crim., 03/09/2003, n°03-81.413.

⁷ Crim., 17/05/2000, n°99-85.132.

⁸ Crim., 29/02/2000, n°98-87.642 ; 24/09/2002, n°02-83.021.

⁹ Crim., 29/02/2000, n°98-87.642.

¹⁰ Crim., 29/02/2000, n°98-87.642.

¹¹ Crim., 29/06/1999, n°97.84.166 ; 27/11/2001, n°01-85.055.

¹² Crim., 11/09/2007, n°06-88.773.

¹³ Crim., 15/01/1998, n°96-85.131.

¹⁴ Crim., 26/09/2006, n°05-86.583.

¹⁵ Crim., 07/03/2001, n°00-84.411.

¹⁶ Crim., 27/02/2001, n°00-85.474.

¹⁷ Crim., 04/04/2002, n°01-87.149.

¹⁸ Crim., 16/06/1999, n°98-82.881 ; 04/04/2002, n°01-87.149.

¹⁹ Crim., 12/11/1997, n°96-84.325 ; 21/05/2008, n°08-80.017.

²⁰ Crim., 21/07/2007, n°06-81.713.

²¹ Crim., 30/04/1996, n°95-82.500 ; 23/11/1999, n°99-80.794 ; 04/02/2004, n°02-87.025.

²² Crim., 21/11/2007, n°07-86.179.

²³ Crim., 26/05/2004, n°04-82.795.

²⁴ Crim., 26/05/2004, n°04-82.795.

²⁵ Crim., 15/06/1994, n°93-83.847.

²⁶ Civ. 2^{ème}, 08/09/2005, n°04-12.277.

²⁷ Crim., 20/06/2000, n°99-85.781 ; 10/04/1996, n°95-84.680 ; 21/10/1997, n°97-81.099 ; 20/06/2000, n°99-85.780 ; 21/11/2001, n°01-80.417 ; 02/09/2005, n°05-80.181.

²⁸ Crim., 15/06/1994, n°93-83.847.

²⁹ Crim., 18/10/2000, n°99-86.289 ; 03/02/2004, n°03-83.873.

³⁰ Com., 12/10/1993, n°90-20.679.

³¹ Crim., 29/06/1999, n°97.84.166.

³² Crim., 08/09/2009, n°09-83.941.

³³ Crim., 04/01/1990, n°89-85.795.

³⁴ Crim., 28/01/1997, n°96-81.388.

³⁵ Crim., 24/10/2001, n°01-81.039.

27¹, 131-30², 132-20³, 132-24⁴, 222-33-2⁵, 225-14⁶, 311-14-2^{o7}, 432-9⁸, 432-14⁹, 432-17¹⁰, 434-31¹¹, 441-10¹². Certaines dispositions du Code de la route sont aussi jugées compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme, comme les articles L1¹³, L11-1¹⁴, L11-5¹⁵, L13¹⁶, L18¹⁷, L21-1¹⁸, L234-13¹⁹, ou encore l'utilisation d'un cinémomètre raccordé à un système de prise de vue pour constater les infractions routières²⁰. En matière douanière, ce sont par exemple les articles 64²¹, 396²², 399-2²³, 414²⁴, 426-4^{o25}, 454²⁶, 465-II²⁷ du Code des douanes qui ont pu faire l'objet d'un constat de compatibilité. Les articles L165-15²⁸, L511²⁹, L511-5³⁰ du Code de la santé publique ont eux aussi fait l'objet d'un contrôle de la compatibilité de leur contenu qui a conduit à l'octroi d'un brevet de conventionnalité. Sans détailler davantage, tant les exemples sont nombreux³¹, on évoquera le cas de certaines incriminations

¹ Crim., 29/06/2004, n°03-84.198.

² Crim., 29/02/2000, n°98-80.518.

³ Crim., 16/06/1999, n°98-82.881.

⁴ Crim., 16/06/1999, n°98-82.881.

⁵ Crim., 15/09/2009, n°09-80.155.

⁶ Crim., 04/03/2003, n°02-82.194.

⁷ Crim., 23/03/2005, n°04-83.973.

⁸ Crim., 16/03/2004, n°03-82.261.

⁹ Crim., 24/10/2001, n°01-81.039.

¹⁰ Crim., 24/10/2001, n°01-81.039.

¹¹ Crim., 17/10/2001, n°01-82.352.

¹² Crim., 29/06/2004, n°03-84.198.

¹³ Crim., 27/10/1993, n°93-81.570.

¹⁴ Crim., 26/06/1996, n°95-85.934.

¹⁵ Crim., 26/11/1998, n°98-80.905.

¹⁶ Crim., 10/01/1996, n°95-83.381 ; 14/05/1996, n°95-84.123 ; 10/07/1996, n°95-85.785.

¹⁷ Crim., 18/05/1994, n°05-11.248.

¹⁸ Crim., 01/02/2000, n°99-84.764.

¹⁹ Crim., 10/12/2003, n°03-80.203.

²⁰ Crim., 07/05/1996, n°95-85.674.

²¹ Crim., 21/01/1985, n°84-93.787.

²² Crim., 10/02/1992, n°90-83.278.

²³ Crim., 20/02/2008, n°07-83.458 ; 10/02/2010, n°09-81.690.

²⁴ Crim., 20/02/2008, n°07-83.458 ; 10/02/2010, n°09-81.690.

²⁵ Crim., 20/02/2008, n°07-83.458.

²⁶ Crim., 21/01/1985, n°84-93.787.

²⁷ Crim., 11/01/2006, n°05-81.730.

²⁸ Crim., 27/11/1996, n°96-80.223 ; n°95-85.118.

²⁹ Crim., 11/12/1996, n°95-86.009.

³⁰ Crim., 04/05/2004, n°03-84.894.

³¹ Sans exhaustivité, d'autres compatibilités ont été détectées, c'est par exemple le cas de l'article 16 de la loi du 15 janvier 1963 (Crim., 03/07/1980, n°79-94.641), des visites domiciliaires en matière fiscale (Crim., 05/06/1997, n°96-83.341), du cumul des sanctions de majoration et de pénalités fiscales (Crim., 26/03/1998, n°97-82.299), de l'article 13 de la loi du 10 mars 1927 (Crim., 02/12/1986, n°86-95.400), de l'article 35 de la loi 29 juillet 1985 (Crim., 23/05/1989, n°85-91.226), de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 (Crim., 14/06/2000, n°98-87.894), de l'article 338 de la loi du 16 décembre 1992 (Crim., 29/11/2000, n°99-84.981), des présomptions de droit ou de fait applicables en matière pénale (Crim., 16/03/1993, n°91-81.819), de l'article 14 de l'ordonnance du 2 février 1945 (Crim., 07/04/1993, n°92-84.725 ; 02/09/2003, n°03-80.880), de l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (Crim., 21/01/2004, n°03-80.328), du principe général du droit français selon lequel la partie civile poursuivante ou appelante doit être entendue en 1^{er} (Crim., 19/12/1994, 94-80.923), de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 (Crim., 18/02/2003, 02-80.095), des articles 11 et 12 de la loi du 19 juillet 1977 et 90-1 du Code électoral (Crim.,

issues de la loi du 29 juillet 1881, qui nous semble être illustratif de la sécurisation des lois par le contrôle de la compatibilité de leur contenu.

247. L'exemple d'incriminations issues de la loi du 29 juillet 1881. Dans plusieurs affaires, certaines incriminations issues de la loi du 29 juillet 1881 sont jugées compatibles avec l'article 10 de la Convention européenne. C'est par exemple le cas dans un arrêt du 23 février 2000¹ dans lequel il était question d'une condamnation pour diffusion de messages à caractère pornographique susceptibles d'être vus par un mineur. La chambre criminelle estime que les dispositions des « *infractions [de] l'article 227-24 du Code pénal commises par la voie de la presse [...] ne sont pas incompatibles avec celles de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* ». L'incrimination fait d'ailleurs, certes, l'objet de modifications : mais elles ne sont pas en lien avec les dispositions contestées dans l'arrêt et vont plutôt dans le sens d'une aggravation de la répression². Le constat de compatibilité du texte permet ainsi de renforcer la norme en préservant son existence. C'est aussi le cas dans un arrêt du 12 novembre 2003³, où il était cette fois question du refus d'admettre l'interruption de la prescription de l'infraction d'injure ou de diffamation du fait de l'application de la loi de 1881, dans la mesure où la poursuite ne peut être exercée que par le ministère public. La Cour estime ainsi que « *le délit prévu par l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 portant essentiellement atteinte à l'autorité de la puissance publique, aucune disposition conventionnelle n'interdit au législateur de subordonner l'exercice de l'action civile du chef de ce délit, à la mise en mouvement de l'action publique, par le ministère public* », pour valider le contenu du procédé, jugé compatible avec l'article 34 de la Convention. Dans un arrêt du 8 juin 2004⁴, l'interdiction posée par l'article 35 ter-I de la loi du 29 juillet 1881 de diffuser une image d'une personne identifiée ou identifiable sans autorisation de celle-ci, faisant apparaître qu'elle est placée en détention provisoire, est

04/09/2001, n°00-85.329), de l'article L450-4 du Code de commerce (Crim., 28/11/2007, n°06-82.077), de l'article L57 du Code des débits de boissons (Crim., 23/01/2001, n°00-83.268), de l'article 338 de la loi du 16 décembre 1992 (Crim., 11/12/2002, n°01-84.450). Les exemples sont bien trop nombreux pour être tous cités, d'autant qu'on ne prétend pas les avoir décelés en totalité.

¹ Crim., 23 février 2000, n°99-83.928.

² L'article a en effet fait l'objet de nombreuses modifications, mais plutôt pour étendre le champ d'application de l'infraction pour y ajouter les messages incitant les mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger (loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure), incitant au terrorisme (loi n°214-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme), ou des messages pornographiques impliquant la présence d'animaux (loi n°2021-1539 du 30 novembre 2021 visant à lutter contre la maltraitance animale et conforter le lien entre les animaux et les hommes).

³ Crim., 12 novembre 2003, n°02-84.709.

⁴ Crim., 8 juin 2004, n°03-87.584.

jugée compatible avec la Convention européenne¹. C'est aussi le cas de l'article 38 ter, jugé compatible avec la Convention et qui lui aussi est modifié dans le sens d'une aggravation de la répression². Pour cette même loi, on trouve aussi l'exemple des articles 24 bis³, 32⁴, 36⁵, 42⁶, 53 et 65⁷. En la matière – sans qu'il ne faille généraliser – on peut constater que non seulement la plupart des dispositions dont le contenu est jugé compatible avec la Convention voient leur existence préservée, mais les éventuelles modifications qu'elles subissent vont sans cesse dans le sens du renforcement des intérêts qu'elles défendent. Le « brevet de conventionnalité » ainsi conféré permet au législateur de renforcer la norme en légitimant son existence. C'est aussi le cas en matière sociale.

248. Le renforcement de dispositions en matière sociale. De nombreuses dispositions en matière sociale se sont aussi vues octroyer un brevet de conventionnalité. On retrouve parmi elles les articles L122-14-4⁸, L122-14-6⁹, L222-7¹⁰, L236-5¹¹, L432-1¹², L432-2¹³, L481-1¹⁴, du Code du travail. Le Code de la sécurité sociale voit quant à lui ses articles L161-22¹⁵, L161-25-2¹⁶, R411-11¹⁷, R831-1¹⁸, contrôlés au regard des droits fondamentaux d'origine

¹ La chambre criminelle estime clairement que « si l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît à toute personne la liberté de communiquer des informations au public, ce texte prévoit, en son second paragraphe, que l'exercice de cette liberté peut être soumis à certaines conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, notamment pour la protection des droits d'autrui ; que tel est l'objet des dispositions du texte susvisé, relatif à la diffusion de l'image de personnes placées en détention ». La disposition en cause ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune modification postérieure à l'arrêt.

² Crim., 8 juin 2010, n°09-87.526. La Cour estime en effet que « si toute personne a droit à la liberté d'expression, et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas d'espèce, à des restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Le dispositif n'a d'ailleurs pas fait l'objet de modifications, à l'exception de l'aggravation de la peine de 4500€ d'amende désormais adjointe d'une peine de 2 ans d'emprisonnement du fait de la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

³ Crim., 20 décembre 1994, n°93-80.267 ; 12 septembre 2000, n°98-88.200 ; n°98-88.202 ; n°98-88.204.

⁴ Crim., 13 juin 1995, n°93-82.144.

⁵ Civ. 2^{ème}, 28 septembre 2000, n°98-16.486.

⁶ Crim., 17 décembre 1991, n°90-83.534.

⁷ Crim., 20 juin 2006, n°05-86.690.

⁸ Soc., 18/01/1989, n°87-45.591 (plusieurs arrêts) ; 28/02/2001, n°98-41.191 (plusieurs arrêts).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Soc., 08/02/2000, n°99-82.118.

¹¹ Soc., 07/05/2003, n°02-60.607.

¹² Soc., 13/01/1998, n°96-81.478.

¹³ Soc., 03/05/1994, n°93-80.911.

¹⁴ Mixte, 10/04/1998, n°97-17.870.

¹⁵ Soc., 04/07/2001, n°99-20.599.

¹⁶ Soc., 19/12/2002, n°00-22.085.

¹⁷ Soc., 13/01/1994, n°91-12.615, n°91-12.616, n°91-12.617.

¹⁸ Soc., 04/07/2001, n°99-20.599.

conventionnelle, et eux aussi jugés compatibles. Leur contenu est dans ces cas préservé. C'est aussi le cas du système de retraite par répartition¹, ou encore de la réintégration d'un salarié suite à l'application de l'article L122-14-4 ancien du Code du travail². L'exemple du barème Macron, très parlant, peut être aussi cité. Sans entrer dans le détail des évolutions induites par l'ordonnance du 22 septembre 2017³, l'encadrement de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a fait l'objet de vifs débats et contestations, y compris devant les juridictions prud'homales, qui ont conduit la Cour de cassation à être saisie pour avis sur le sujet, qu'elle a rendu le 17 juillet 2019⁴. Alors même que sa compétence pour juger de la conventionnalité du texte dans le cadre d'une demande d'avis pouvait poser question⁵, elle se prononce favorablement et valide le contenu du texte au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne. Se fondant sur la jurisprudence européenne, elle estime en effet que « *les dispositions de l'article L1235-3 du Code du travail, qui limitent le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, ne constituent pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, de sorte qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1, précité* ». À noter que le fondement de la Charte sociale européenne ne prospère pas davantage, puisqu'elle nie l'effet direct de son article 24⁶, ni celui de l'article 10 de la Convention internationale du travail⁷, ce qui sécurise aussi le contenu du texte contrôlé. Le renforcement de

¹ Soc., 11/05/2001, n°99-20.420.

² Soc., 28/03/2000, n°98-40.225, n°99-41.717.

³ Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail.

⁴ Cass., avis, 17 juillet 2019, n°15012. Pour une évolution détaillée sur le sujet, V. A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Sanctions du défaut de cause réelle et sérieuse », *Répertoire de droit du travail*, avril 2020, p.292 et suiv, spéc. p.314 et suiv.

⁵ Dans son avis du 16 décembre 2002, n°20.008, elle avait en effet considéré que « *la question de la compatibilité des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avec des dispositions de droit interne [...] ne relève pas de la procédure [d'avis], l'office du juge du fond étant de statuer sur cette compatibilité* ». Malgré quelques infléchissements, il n'était pas acquis que la Cour de cassation opère un tel revirement de jurisprudence. V. sur cette question, §34 de la thèse.

⁶ Elle estime en effet que « *eu égard à l'importance de la marge d'appréciation laissée aux parties contractantes par les termes précités de la Charte sociale européenne révisée, rapprochés de ceux des parties I et III du même texte, les dispositions de l'article 24 de ladite Charte ne sont pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers* ». Pour une critique sur ce point, V. J. MOULY, « Qui a peur du comité européen des droits sociaux ? », *Dr. soc.* 2019, p.819. L'auteur souligne à juste titre qu'une condamnation par le Comité européen des droits sociaux ne serait pas exclue, si bien qu'« *il ne lui suffirait certainement pas de se réfugier derrière sa propre jurisprudence refusant tout effet direct horizontal à l'article 24 de la Charte sociale. C'est en réalité la crédibilité européenne de sa propre jurisprudence qui serait alors menacée* ».

⁷ L'assemblée plénière considère ainsi que les dispositions litigieuses, « *qui prévoient notamment, pour un salarié ayant une année complète d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse comprise entre un montant minimal d'un mois de salaire brut et un montant maximal de deux mois de salaire brut, sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention n°158 de l'OIT* ». Elle réitère cette position plus récemment, en estimant que « *les dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail sont compatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention précitée* », V. Soc., 11 mai 2022, n°21-14.490, déjà citée et critiquée précédemment, V. §116 de la thèse.

la loi par le constat de la compatibilité de son contenu est aussi visible en matière fiscale et commerciale.

249. Le renforcement en matière fiscale et commerciale. Certaines dispositions en matière fiscale avaient pu être contestées, notamment du fait de leur application rétroactive en cours d'instance fiscale. La Cour de cassation a ainsi estimé que « *si le droit de toute personne à un procès équitable, garanti par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, peut être invoqué devant toute juridiction civile statuant en matière fiscale, les juges du fond ont pu, sans violer ce texte, faire application d'une loi nouvelle rétroactive entrée en vigueur en cours d'instance, dès lors qu'elle n'avait pour objet que de valider une réglementation antérieure conforme au droit communautaire* »¹. Ce sont aussi des dispositions du livre des procédures fiscales qui sont jugées compatibles, comme les articles L16 B², L270 et L271³, ou L272⁴, voire plus largement « *le droit des Etats de mettre en vigueur des lois, qui réglementent l'usage des biens conformément à l'intérêt général, ou pour assurer le paiement de l'impôt, n'est pas contraire au principe selon lequel toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* »⁵. D'autres dispositions diverses, en matière de droit des entreprises en difficultés, comme l'article 6 de la loi du 25 janvier 1985⁶, l'article 156 du décret du 25 décembre 1985⁷, ou encore l'article L622-9 du Code de commerce⁸ sont elles aussi jugées compatibles. C'est aussi le cas s'agissant de nombreuses règles de procédure civile.

250. Le renforcement en matière de procédure civile. Là encore, sans exhaustivité, de nombreuses dispositions en matière de procédure civile ont pu faire l'objet d'un contrôle de leur contenu, et avoir été jugées compatibles à des droits d'origine conventionnelle. Au sein du

¹ Ass. plén., 14/06/1996, n°93-21.710 ; Com., 25/02/1997, n°94-21.969 (11 arrêts) ; 04/03/1997, n°94-17.703 (4 arrêts) ; 18/03/1997, n°94-13.777 (3 arrêts) ; 1/04/1997, n°94-15.571 (3 arrêts) ; 29/04/1997, n°94-17.101 (2 arrêts) ; 27/05/1997, n°94-19.433 (2 arrêts) ; 24/06/1997, n°95-16.411 (2 arrêts).

² Com., 24/03/1998, n°96-30.100 ; Crim., 25/01/2001, n°98-30.407.

³ Com., 19/05/1987, n°85-15.624.

⁴ Crim., 04/04/2001, n°00-84.465.

⁵ Com., 25/01/2005, n°03-10.068.

⁶ Com., 26/05/1998, n°96-10.582.

⁷ Com. 27/10/1998, n°95-17.495.

⁸ Com., 13/03/2007, n°06-10.258.

Code de procédure civile, c'est par exemple le cas des articles 28¹, 342², 445³, 446⁴, 450⁵, 458⁶, 528-1⁷, 1187⁸, 1193⁹, 1257¹⁰, jugés compatibles par diverses chambres de la Cour de cassation. C'est aussi le cas de la règle de procédure selon laquelle l'interruption de la prescription par une demande en justice est non avenue lorsque cette demande est rejetée¹¹, ou encore du délai de forclusion de l'article 1676 alinéa 2 du Code civil¹², de l'exécution forcée en vertu d'un titre exécutoire aux risques et périls du créancier¹³, de l'impossibilité de se constituer partie civile devant la Cour de justice de la république¹⁴, de la possibilité pour le juge des référés de connaître ensuite du contentieux en appel¹⁵, ou pour le juge d'instruction de statuer sur l'instance au civil¹⁶, ou encore pour la Cour d'appel de se prononcer en répartissant les dépens directement comme le juge du premier degré¹⁷, voire d'établir à l'avance les motifs sur un formulaire pour rendre une décision¹⁸. Là encore, ces règles qui font l'objet d'un contrôle par le juge et qui sont jugées compatibles aux traités sont légitimées et s'imposent d'autant plus facilement. Le contrôle de la compatibilité, dans cette mesure, engendre un renforcement de l'autorité de la norme. La matière civile est aussi concernée par ce mouvement.

251. Le renforcement en matière civile. De nombreuses normes, très éparées, sont examinées aussi en matière civile, quelle que soit la discipline concernée. C'est par exemple le cas en droit des biens¹⁹, et particulièrement en matière d'expropriation²⁰. En droit des

¹ Civ. 2^{ème}, 28/06/2006, n°04-17.913.

² Civ., 2^{ème}, 10/10/1996, n°96-01.013 ; 02/06/2005, n°05-01.511.

³ Com., 15/10/1996, n°93-13.844.

⁴ Civ. 2^{ème}, 17/05/1993, n°91.18-997 ; Civ. 1^{ère}, 09/06/1998, n°95-22.295 et n°95-22.296 ; 12/12/2006, n°05-19.219.

⁵ Civ. 1^{ère}, 28/06/2007, n°06-12.061.

⁶ Civ. 1^{ère}, 10/07/2001, n°99-17.301.

⁷ Soc., 09/11/2005, n°02-47.243.

⁸ Civ. 1^{ère}, 24/10/1995, n°94-05.075 ; 08/06/1999, n°98-05.044.

⁹ Civ. 1^{ère}, 08/06/1999, n°98-05.044.

¹⁰ Civ. 1^{ère}, 28/02/2006, n°03-12.908.

¹¹ Civ. 2^{ème}, 14/05/2009, n°08-13.967.

¹² Civ. 3^{ème}, 20/05/2009, n°08-13.813.

¹³ Civ. 2^{ème}, 10/02/2005, n°03-15.067 et n°03-15.068.

¹⁴ Ass. plén., 21/06/1999, n°99-81.927 ; 23/12/1999, n°99-86.298 ; s'agissant de la compatibilité de l'article 13 alinéa 2 de la loi du 23 novembre 1993.

¹⁵ Ass. plén., 06/11/1998, n°95-11.006.

¹⁶ Civ. 2^{ème}, 16/03/1988, n°85-18.519.

¹⁷ Civ. 3^{ème}, 20/07/1994, n°92-19.893.

¹⁸ Civ. 2^{ème}, 31/01/1985, n°84-12.769.

¹⁹ S'agissant de la qualité de membre de droit d'une association de chasse du fait de la propriété de tènements fonciers, permettant d'admettre la compatibilité de l'article L422-21-I du Code de l'environnement (Civ. 3^{ème}, 09/12/2009, n°09-11.333). De plus, de nombreuses dispositions sont aussi validées, comme les articles 5 et suiv. du décret du 30 septembre 1953 (Civ. 3^{ème}, 27/02/1991, n°89-18.729 ; 12/06/1996, n°94-14.862) ou encore l'usucapion trentenaire (Civ. 3^{ème}, 16/11/1994, n°92-21.688).

²⁰ Ainsi, de nombreuses dispositions du Code de l'expropriation ont été validées par la Cour de cassation. C'est par exemple le cas de l'article L13-15 (Civ. 3^{ème}, 17/07/1991, n°89-70.384 ; 24/02/1993, n°91-70.062 ;

assurances, le système d'offre obligatoire prévu par l'article L211-9 du Code des assurances qui a été jugé compatible au droit au procès équitable, et est resté inchangé¹. En droit de la famille, c'est l'existence même de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, qui avait été jugée compatible au droit au respect de la vie privée et familiale². Il est d'ailleurs préservé par la loi du 26 mai 2004³ et devient divorce pour altération définitive du lien conjugal, dont les conditions de mises en œuvre sont considérablement assouplies et à nouveau validées⁴. L'ancien article 275 alinéa 2 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à cette loi mais dont les dispositions contestées ont été en partie reprises et largement précisées, avait aussi été jugé compatible⁵. En droit des personnes, ce sont aussi les restrictions au libre choix du prénom de l'enfant apportées par l'article 1^{er} de la loi du 11 germinal an XI qui ont été, aussi datées soient-elles, validées au regard des articles 8, 9 et 14 de la Convention européenne⁶. Certaines dispositions relatives à l'adhésion et au paiement des cotisations obligatoires dans des ordres professionnels sont aussi jugées conventionnelles⁷. La démonstration du renforcement de la norme par la déclaration de la compatibilité de son contenu doit toutefois être nuancée : elle n'empêche pas que son incompatibilité soit par la suite prononcée, très souvent du fait d'une décision postérieure de la Cour européenne des droits de l'homme⁸. Nous montrerons que dans

19/06/1996, n°94-70.322 et n°94-70.323 ; 14/12/1999, n°98-70.196), de l'article L13-16 (Civ. 3^{ème}, 25/02/2002, n°01-70.042), ou encore des articles R11-22 et R11-19 (Civ., 3^{ème}, 08/07/1992, n°91-70.162), R12-1 (Civ. 3^{ème}, 29/05/2002, n°01-70.175), R13-7 (Civ. 3^{ème}, 07/06/2001, n°00-70.089), R13-49 (Civ.3^{ème}, 13/04/2005, n°04-70.069).

¹ Civ. 2^{ème}, 09/10/2003, n°02-15.412.

² Civ. 2^{ème}, 25/03/1987, n°85-12.262 ; 01/02/1989, n°88-10.345 et n°89-19.900.

³ Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

⁴ Civ., 1^{ère}, 15/04/2015, n°13-27.898. Une telle validation conduit, malgré certaines réserves, Madame LE GAC-PECH à conclure son commentaire par : « *C'est désormais la Cour de cassation qui confère à la norme toute sa grandeur et son panache !* », V. S. LE GAC-PECH, « La rupture du lien conjugal à l'aune des droits fondamentaux », *RDLC* 2017, n°153.

⁵ Civ. 1^{ère}, 13/03/2007, n°06-12.419.

⁶ Civ. 1^{ère}, 01/10/1986, n°84-17.090. C'est aussi le cas de la prescription de l'action en recherche de paternité de l'ancien article 340-4 du Code civil, avant la suppression de la distinction entre enfant naturel et légitime, qui avait été jugé compatible au regard des articles 8 et 14 de la Convention, V. Civ. 1^{ère}, 04/07/2006, n°03-16.964. De même, pour la possibilité pour l'enfant naturel prévue par l'article 334-3 du Code civil de substituer le nom de l'un ou l'autre de ses parents et non d'ajouter l'un des noms à l'autre, V. Civ. 1^{ère}, 06/01/2010, n°08-18.871.

⁷ S'agissant de l'ordre des médecins, au travers des articles L381 et L410 du Code de la santé publique, V. Civ. 1^{ère}, 26/04/1983, n°82-11.541 ; 29/02/1984, n°83-10.203 ; 04/06/1985, n°84-13.436 ; Ass. plén., 07/11/1986, n°85-15.962. Et de l'ordre des architectes, V. Civ. 1^{ère}, 16/01/1985, n°83-14.070 ; 30/10/1985, n°84-15.184 ; 22/04/1992, n°90-17.122.

⁸ Hormis les exemples qui seront cités ci-après, on notera par exemple l'affaire *Chassagnou*, dans laquelle la Cour de cassation avait admis la compatibilité de certaines dispositions de la loi Verdeille (V. Civ. 3^{ème}, 16 mars 1994, n°91-16.513 ; Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1996, n°94-14.769 ; déc. préc. §32), qui ont ensuite fait l'objet d'une condamnation par une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (V. CEDH, 29 avril 1994, *Chassagnou et autres c/ France*, n°25088/94, dont on étudiera la méthode de contrôle européenne, V. §325 de la thèse) puis d'une modification législative apportée par la loi n°2000-698 du 26 juillet 2000, postérieurement validée par la Cour de cassation dans un arrêt de 2009 (V. Civ. 3^{ème}, 9/12/2009, 09-11.333, étudié dans la présente thèse au titre du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de cassation, §341) et citée explicitement par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'avis sollicité par le Conseil d'État (V. CEDH, 13 juillet

ces cas, l'incompatibilité peut conduire à une amélioration de la norme, ce qui implique de percevoir le contrôle de conventionnalité comme un outil d'adaptation.

II. L'amélioration de la norme en cas d'incompatibilité de son contenu

252. Réserves. Lorsque le contrôle du contenu du texte est exercé par la Cour de cassation, et qu'il conduit au constat de sa compatibilité, il est toutefois fréquent que, suite à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme¹, de la Cour de justice de l'Union européenne² ou encore du Conseil constitutionnel³, elle infléchisse ensuite sa position et conclue à l'incompatibilité dans des décisions postérieures. Dans ce cas, il convient de considérer que la permanence du contrôle du contenu des textes qu'opère le juge interne dépend du contrôle postérieur qu'est susceptible de pratiquer son homologue supranational, ce qui tendrait à nuancer l'affirmation selon laquelle la norme dont le contenu est contrôlé est « sécurisée » par la Cour de cassation. Si cette observation convainc, il convient néanmoins de mentionner que les cas d'incompatibilité demeurent marginaux, comparativement à la quantité de normes dont le contenu est jugé compatible aux dispositions conventionnelles, d'autant que le juge interne n'est pas toujours soumis à une Cour supranationale selon les traités dont il est question. Le contrôle indirect de la loi, qui conduit le plus souvent à interpréter la norme pour en compléter le régime juridique, en étendre ou restreindre le champ d'application, sera assimilé à un constat d'incompatibilité⁴. Il irrigue en lui-même la volonté du juge d'amender la norme

2022, *Avis consultatif relatif à la différence de traitement entre les associations de propriétaires « ayant une existence reconnue à la date de la création d'une association communale de chasse agréée » et les associations de propriétaires créées ultérieurement*, n°P16-2021-002, §39. L'unique note de bas de page mentionne d'ailleurs que « le 5e alinéa a été ajouté par la loi no 2000-698 du 26 juillet 2000 [...], aux fins de l'exécution de l'arrêt *Chassagnou et autres c. France* ». Pour plus de détail sur cet avis, V. §80 de la thèse). Cette affaire, parmi tant d'autres, illustre particulièrement, tant le contrôle que la Cour européenne exerce sur le contenu des lois, et sur les effets que cela engendre sur la modification de la loi française et le dialogue inter-juridictionnel qui en découle.

¹ Sur le point de savoir si la législation nationale est ainsi systématiquement soumise aux fluctuations des appréciations de la Cour européenne des droits de l'homme, on se rangera à l'avis du Professeur RAOUL-CORMEIL, qui énonce très justement : « *un sentiment mitigé [...] nous porte à conclure par une interrogation : est-ce la Cour EDH qui fait évoluer le droit du fait de la prévisibilité de ses condamnations ? Ou n'est-ce pas plutôt le législateur qui a fait évoluer comme bon lui semble le droit de la famille, en instrumentalisant la jurisprudence de la Cour EDH, élevée en force contraignante irrésistible ? L'exclusivité ne résiste pas à la démonstration* ». G. RAOUL-CORMEIL, « La Cour EDH et la prévisibilité des décisions en droit de la famille », in A. GOUÉZEL, J.-R. BINET (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.15, spéc. p.30. Pour des exemples V. art. préc., p.24.

² Nous renvoyons dans cette mesure aux exemples cités dans la partie précédente, §177 et suivants notamment.

³ *Ibid.*, §209 et suivants notamment.

⁴ Nous invitons le lecteur à consulter à nouveau, à l'issue de la lecture du présent paragraphe, les exemples mentionnés à ce titre : ils sont volontairement suffisamment détaillés pour qu'ils soit aisé de lier chacun d'entre eux à l'idée selon laquelle la norme se trouve renforcée parce que complétée par le juge, puis, le cas échéant, par le législateur.

pour la rendre compatible avec la protection des droits fondamentaux du justiciable, tandis que l'incompatibilité énoncée dans le cadre d'un contrôle direct du contenu de la loi est plus contraignante pour le législateur, qui est sommé d'agir au plus vite. Par conséquent, l'objet du présent paragraphe sera de montrer que, même lorsque l'incompatibilité du contenu de la norme est prononcée, les modifications législatives postérieures qui en découlent conduisent à son amélioration. Une telle démarche implique un jugement de valeur dont on assumera pleinement la subjectivité. Dans la mesure où dans la plupart des cas, l'interdit législatif, ou les restrictions qu'impose la norme incompatible, cèdent face aux droits fondamentaux, le propos ne vise aucunement à occulter l'aspect individualiste d'un tel résultat. On prendra plutôt le parti de considérer que le phénomène – certes existant et engendrant parfois de profondes modifications textuelles dans des matières où l'interdit juridique était justifié par la volonté d'assurer une stabilité de valeurs morales – suit les mutations technologiques et sociales et permettent à la norme de s'y adapter. D'autant que dans des matières où est en cause le droit au procès équitable, le renforcement des droits du justiciable nous semble plus facilement admissible¹. Certes, l'efficacité de la procédure et de la répression sont nécessairement atteints, mais le parti sera pris de considérer qu'un tel prix est à payer pour assurer la protection des droits

¹ C'est beaucoup moins le cas s'agissant des questions familiales, ou même les questions relatives à la bioéthique : elles peuvent susciter chez certains une angoisse compréhensible, justifiée par l'adaptation du juridique aux avancées médicales, dans un monde mondialisé. Un tel sentiment est bien décrit par la Professeure CAIRE, qui conclut très justement, à propos d'une affaire dans laquelle il était question d'une demande, refusée, d'insémination *post mortem* de la part de grands-parents potentiels : « le droit de devenir parent n'est pas transférable, d'autre part, que la Convention européenne ne garantit pas le droit d'avoir des petits-enfants. Ce double apport n'épuise pas l'intérêt de cette décision qui témoigne aussi du renouvellement actuel du contentieux : à l'heure où le transhumanisme fait des émules et où la maîtrise de l'homme sur la vie, la mort, la procréation et la santé s'accroît, les questions soumises aux juridictions ont une portée éthique sans précédent. Il est d'ailleurs probable que le droit français et le droit européen soient de nouveau confrontés à des aspirations similaires à celle de la requérante. L'artificialisation de la procréation s'inscrit, en effet, dans une dialectique qui, de façon apparemment paradoxale, conduit à une valorisation sans précédent des liens génétiques. Ce même processus sous-tend également les revendications actuelles en matière de droit à la connaissance de ses origines. Ce ne sont pas les droits de l'homme qui sont responsables de ce phénomène mais le pluralisme moral qui affecte notre société et l'attitude de certains justiciables qui se comportent plus ou moins comme des consommateurs. D'ailleurs, cette décision prouve opportunément aux détracteurs du droit européen des droits de l'homme que ce dernier, loin de faire systématiquement le lit de ceux qui entendent libéraliser l'usage des technologies biomédicales, met parfois un frein à leurs revendications. En d'autres lieux, la justice est plus permissive : cette année, John P. Colangelo, juge à la Cour suprême de New York, a autorisé les parents de Peter Zhu, âgé de 21 ans lors de sa mort dans un accident de ski, à faire appel à une mère porteuse pour concevoir un enfant grâce au sperme de leur fils ». V. A.-B. CAIRE, « L'inquiétante étrangeté de la procréation *post mortem* devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2020, p.324, à propos de la décision, CEDH, 12 novembre 2019, *Petithory Lanzmann c/ France*, n° 23038/19. V. aussi, les propos des Professeurs J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, « Droit des couples », *D.* 2014, p.1342, I-A-2, qui soulignent, au sujet de l'arrêt du 4 décembre 2013, que l'« on voit bien quel est le sens du courant et on devine que l'empêchement à mariage entre alliés risque d'être la prochaine étape dans la réduction progressive, entreprise de longue date, des empêchements à mariage. Il y aura sans doute quelques civilistes grincheux, soucieux d'intérêt général, pour s'en émouvoir encore. Cela ne devrait pas entraver l'évolution résolument progressiste, libérale et individualiste de notre droit de la famille ».

fondamentaux qui irrigue un pays démocratique¹. De très nombreux exemples pourraient illustrer le propos. Nous renvoyons aux précédents développements s'agissant de ceux qui n'ont pas été cités dans les développements qui vont suivre². Ne seront évoqués que les plus marquants.

253. Exemple en matière de changement de sexe. Sans détailler à nouveau, on se souvient ainsi des évolutions relatives au droit français s'agissant du changement de sexe à l'état civil. D'abord opposée à tout changement au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes³, la Cour de cassation a ensuite fait évoluer sa position suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁴. Dans sa décision du 11 décembre 1992⁵, l'Assemblée plénière, au visa de l'article 8 de la Convention, pose le principe que « *lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* ». Elle poursuit ensuite en concluant « *que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* ». L'article 57 du Code civil, qui ne permettait que les changements de prénoms en cas d'intérêt légitime, est ainsi remis en question, même si le contrôle de son contenu n'est qu'indirect. La norme législative, et le principe d'indisponibilité de l'état des personnes qu'elle irrigue, sont écartés mais dans les cas que la Cour de cassation identifie : la norme est donc jugée incompatible, mais sous la seule réserve énoncée. À la suite des réformes bien connues en droit des personnes, et plus particulièrement celle du 18 novembre 2016⁶, le changement de sexe est désormais explicitement admis. L'interdit disparaît au regard de circonstances désormais prises en considération par la loi : le contrôle indirect du contenu, en partie concret,

¹ Sur cet aspect, pour une bonne synthèse, V. V. SIZAIRE, « La justice dans le débat démocratique. Le juge, frein nécessaire ou obstacle à la répression ? », *Les cahiers de la justice* 2014, p.285.

² V. §36 et suivants.

³ Elle estimait en effet que « *le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* » pour ensuite ajouter que « *l'article 8, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, n'impose pas d'attribuer au transsexuel un sexe qui n'est pas en réalité le sien* » (V. Civ. 1^{ère} 21 mai 1990, n°88-12.250, n°88*-12.163 et n°88-12.829. V. aussi, pour une formulation proche, le même jour, n°88-15.858)

⁴ CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n°13343/87.

⁵ Ass. plén., 11 décembre 1992, n°91-11.900.

⁶ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

permet donc par la suite de faire évoluer la norme afin qu'elle prenne en considération des évolutions médicales et sociales qu'elle ne pouvait anticiper à l'origine. On retrouve aussi certains exemples en matière de procédure pénale.

254. La modification de l'article 505 du Code de procédure pénale. Là encore, la Cour de cassation avait d'abord validé le contenu du texte, en estimant que les « *dispositions des articles 497, 498, 500 et 505¹ du Code de procédure pénale [...] ne sont pas incompatibles avec les dispositions conventionnelles invoquées* »², à savoir l'article 6 de la Convention européenne. Toutefois, la Cour européenne a estimé ensuite pour sa part que « *le fait que le parquet bénéficie d'une prolongation du délai d'appel, conjugué à l'impossibilité pour le requérant d'interjeter un appel incident, a mis ce dernier dans une position de net désavantage par rapport au ministère public, contrairement au principe de l'égalité des armes. [...] Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention* »³. Elle réitère cette même position dans une autre décision dans laquelle elle estime que le requérant « *s'est trouvé placé par l'effet de l'article 505 du code de procédure pénale dans une situation d'insécurité juridique née de la différence entre les délais de recours. Un tel déséquilibre, engendré par la prolongation du délai d'appel dont a bénéficié le parquet en l'espèce, a mis le requérant dans une position de net désavantage par rapport au ministère public, contraire au principe de l'égalité des armes. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention* »⁴. Une telle position a une nouvelle fois impliqué un revirement de la Cour de cassation, qui a ensuite estimé dans plusieurs autres décisions que « *l'article 505 du code de procédure pénale ouvre au procureur général un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties par l'article 498 de ce code ; que, dès lors, les dispositions de ce texte ne sont pas compatibles avec le principe conventionnel énoncé ci-dessus* »⁵. La Cour de cassation considère ainsi directement que le contenu du texte est contraire au principe de l'égalité des armes. Cela contraint à une modification législative postérieure par la loi du 24 novembre 2009⁶, qui amende les dispositions concernées en

¹ Ce texte, dans la version applicable au litige, disposait que « *le procureur général forme son appel par signification, soit au prévenu, soit à la personne civilement responsable du délit, dans le délai de deux mois à compter du jour du prononcé du jugement* ».

² Crim., 29 février 2000, n°98-87.642 ; 15 mars 2000, n°99-85.970 ; 27 juin 2000, n°99-84.854 ; 24 octobre 2001, n°01-81.039.

³ CEDH, 3 octobre 2006, *Ben Naceur c/ France*, n°63879/00, §40 et §41. À noter que la Cour européenne précise dans cet arrêt qu'elle statue « *in concreto* », en considérant que la contrariété résulte du fait qu'en l'espèce la peine du prévenu avait été portée de 7 à 12 ans par l'effet de l'appel.

⁴ CEDH, 22 mai 2008, *Gacon c/ France*, n°1092/04, §34 et §35.

⁵ V. Crim., 17 septembre 2008, n°08-80.598 ; 10 février 2009, n°08-83.837 et n°08-82.702 ; 17 juin 2009, n°08-86.384.

⁶ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

réduisant le délai de recours du procureur général pour le rapprocher de celui du prévenu, tout en ouvrant la possibilité à ce dernier de former un appel incident¹. Cette modification va dans le sens d'un renforcement des droits du justiciable, sans porter une atteinte excessive aux objectifs antérieurement protégés par le texte : une amélioration nous semble dans cette mesure identifiable.

255. La modification de l'article 546 du Code de procédure pénale. La chambre criminelle a elle aussi effectué un contrôle du contenu de certaines normes, et explicite encore plus ses effets. Par exemple, s'agissant du cas bien connu de l'appel en matière contraventionnelle qui n'était ouvert qu'au procureur général, la Cour se fonde sur l'article 6 de la Convention qui dégage le principe de l'égalité des armes pour écarter l'article 546 du Code de procédure pénale. Elle estime ainsi dans plusieurs décisions, en des termes identiques, que « *les dispositions du dernier alinéa de ce texte ne sont pas compatibles avec le principe conventionnel sus-énoncé* »². Là encore, le texte est écarté parce que son contenu est incompatible avec un droit contenu dans la Convention, ce qui entraîne inexorablement sa disparition³. En effet, le dernier alinéa est ainsi supprimé par le législateur. Les lois du 2 juillet 1931 et du 29 juillet 1989 subissent ensuite elles aussi le même sort.

256. Autres exemples : modification des lois du 2 juillet 1931 et du 29 juillet 1881. Toujours en matière pénale, mais cette fois concernant la diffusion par la presse de la constitution de partie civile d'un plaignant, la liberté d'expression de l'article 10 de la CEDH était ainsi confrontée à l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 qui interdisait de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile. La chambre criminelle estime, dans un arrêt du 10 janvier 2001⁴, que cet article, « *par l'interdiction générale et absolue qu'il édicte, instaure une restriction à la liberté d'expression qui n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'article 10. 2 de la Convention susvisée* ». Elle l'écarte ensuite en expliquant « *qu'étant incompatible avec ces dispositions*

¹ L'article 505 du Code de procédure pénale dispose désormais que : « En cas de jugement de condamnation, le procureur général peut également former son appel dans le délai de vingt jours à compter du jour du prononcé de la décision.

Sans préjudice de l'application des articles 498 à 500, les autres parties ont alors un délai de cinq jours pour interjeter appel incident. Même en l'absence d'appel incident, la cour d'appel peut, en cas d'appel formé par le seul procureur général en application du présent article, prononcer une peine moins importante que celle prononcée par le tribunal correctionnel ».

² Crim., 6 mai 1997, n°96-83.512; Crim. 21 mai 1997, n°96-85.532 ; Crim., 17 juin 1998, n°97-85.801.

³ V. art. 10 de la loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

⁴ Crim., 10 janvier 2001, n°00-83.608.

conventionnelles, il ne saurait servir de fondement à une condamnation pénale ». La généralité de la formule engendre ainsi sa disparition, législativement entérinée 3 années plus tard¹.

Toutefois, la chambre criminelle ne s'arrête pas là, son habit de juge de la conventionnalité lui permet ensuite d'écarter l'application d'une autre incrimination. Il s'agissait cette fois de l'interdiction de publier tout ou partie des circonstances de certains crimes et délits, là encore confrontée à la liberté d'expression d'organes de presse, et au principe de légalité des délits et des peines. Les magistrats du quai de l'Horloge reprennent très largement les motifs de la Cour d'appel, qui soutenait que l'incrimination en cause « *comporte une formule évasive et ambiguë en ce qu'il s'agit de la reproduction de tout ou partie des circonstances d'un des crimes et délits visés [et] que l'expression "circonstances", foncièrement imprécise, est d'interprétation malaisée* ». Elle ajoute que « *trop générale, cette formulation introduit une vaste marge d'appréciation subjective dans la définition de l'élément légal de l'infraction et ne permet pas à celui qui envisage de procéder à la publication d'être certain qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de l'interdit* ». Ainsi, « *cette ambiguïté rend aléatoire l'interprétation du texte qui serait faite par le juge selon les cas d'espèce et que la rédaction [du texte qui fait l'objet du contrôle], n'offre pas de garanties réelles quant à la prévisibilité des poursuites* », ce qui lui permet de conclure « *que ce texte est incompatible avec les articles 6, 7 et 10 de la Convention précitée* »². Une nouvelle fois, l'effet du contrôle est l'éviction de la norme contrôlée en toutes circonstances. L'utilité de l'énonciation de la Cour de cassation était toutefois plus théorique que celle de la décision qu'elle confirme, dans la mesure où, rendue trois ans et demi après l'arrêt de la Cour d'appel, le législateur avait déjà agi sous l'impulsion des juges du fond et de la médiatisation de l'affaire³. La chambre criminelle se prononce ensuite à nouveau, dans d'autres matières.

257. Le renforcement du contrôle des amendes fiscales. Dans de nombreux arrêts qui concernaient l'imposition d'amendes fiscales ayant un caractère automatique, la Cour de cassation est venue enrichir les pouvoirs de contrôle du juge de l'impôt, alors même que le texte ne prévoyait pas une telle possibilité. Pour ce faire, elle a considéré le contenu de ce type de

¹ V. l'article 53 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

² Crim., 20 février 2001, n°98-84.846, D. 2001, p.3001, comm. P. WACHSMANN ; D. 2002, p.1793, note B. DE LAMY ; RTD Civ. 2002, p.781, note J. HAUSER ; LPA 2001, n°196, p.5, étude D. de BELLESCIZE.

³ L'article 97 de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes supprime en effet ladite incrimination de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 pour la réinsérer, un peu précisée mais encore perfectible, dans l'article 35. Pour des critiques de cette nouvelle réintroduction et des détails sur l'affaire, V. P. WACHSMANN ? « La chambre criminelle, la Convention européenne des droits de l'homme et la loi sur la presse », D. 2001, p.3001.

textes en partie incompatible avec la Convention européenne. Par exemple, elle a estimé que « *l'amende fiscale prévue par l'article 1840 N quater du Code général des impôts constitue une sanction ayant le caractère d'une punition et que cette disposition n'a pas institué à l'encontre de la décision de l'Administration un recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende ; qu'il en résulte que l'application de l'article 1840 N quater doit être écartée dans cette mesure au regard de l'article 6-1 susvisé* »¹. Dans un autre cas, s'agissant de l'article 1728 du Code général des impôts², elle confirme cette possibilité en l'étendant implicitement à la plupart des amendes fiscales de ce type³. L'aspect le plus intéressant dans cet exemple est que la Cour de cassation s'est montrée à cet égard plus sévère que le Conseil constitutionnel⁴, et la Cour européenne des droits de l'homme⁵, qui ont, quant à eux, validé le dispositif de manière sensiblement identique⁶. Les textes sont donc modifiés, mais plutôt dans le sens d'une diminution du pourcentage de l'amende, les juges du fond de l'ordre judiciaire étant invités par la Cour de cassation à en contrôler la juste mesure⁷. En ce sens, davantage de garanties sont offertes au justiciable, sans que l'existence de la sanction ne soit remise en cause.

¹ V. en premier lieu, Com., 29 avril 1997, n°95-20.001. Cet arrêt a été ensuite confirmé à de nombreuses reprises, V. Com., 8/07/1997, n°95-21.761 ; 21/10/1997, n°96-10.431 ; 27/01/1998, n°96-10.735 ; 24/02/1998, n°96-15.406 ; 24/03/1998, n°96-15.456 ; 24/03/1998, n°96-16.578 et n°96-19.713 ; 06/10/1998, n°96-17.068, n°96-17.069 et n°96-18.422 ; 17/11/1998, n°96-21.749 ; 23/03/1999, n°97-13.700 et n°97-15.342 ; 04/05/1999, n°97-15.676 et n°97-11.468 ; 01/06/1999, n°97-19.305, n°97-18.245 et n°97-18.246 ; 15/06/1999, n°98-10.931 ; 19/10/1999, n°97-18.943 ; 16/11/1999, n°97-18.944 et n°97-19.908 ; 14/12/1999, n°97-20.881 ; 11/01/2000, n°97-20.882 ; 16/05/2000, n°98-12.875 ; 27/06/2000, n°97-22.351 ; 19/12/2000, n°98-17.607.

² Com., 27 juin 2000, n°97-22.351. Cette position est d'ailleurs confirmée dans un arrêt du 1^{er} juillet 2003, n°00-13.966.

³ Le Professeur MAUBLANC estime ainsi que cette solution a une portée générale et « *s'applique à toutes les sanctions fiscales* », V. J.-P. MAUBLANC, *AJDI* 2000, p.942.

⁴ V. Cons. const. 17 mars 2011, n°s2010-103, 2010-104 et 2010-105 QPC, qui considère « *que la loi a elle-même assuré la modulation des peines en fonction de la gravité des comportements réprimés ; que le juge décide, dans chaque cas, après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, soit de maintenir ou d'appliquer la majoration effectivement encourue au taux prévu par la loi, soit de ne laisser à la charge du contribuable que des intérêts de retard s'il estime que l'administration n'établit pas que ce dernier se serait rendu coupable de manœuvres frauduleuses ni qu'il aurait agi de mauvaise foi ; qu'il peut ainsi proportionner les pénalités selon la gravité des agissements commis par le contribuable* »

⁵ CEDH, 7 juin 2012, *Segame SA c/ France*, n°4837/06. Elle estime d'abord que « *la loi elle-même proportionne dans une certaine mesure l'amende à la gravité du comportement du contribuable, puisque celle-ci est fixée en pourcentage des droits édués, dont en l'espèce la requérante a pu amplement discuter l'assiette [...]. La Cour admet par ailleurs, comme le souligne le Gouvernement, le caractère particulier du contentieux fiscal impliquant une exigence d'efficacité nécessaire pour préserver les intérêts de l'Etat et observe, en outre, que ce contentieux ne fait pas partie du noyau dur du droit pénal au sens de la Convention [...]. Elle considère enfin que le taux de l'amende, fixé à 25% par l'ordonnance du 7 décembre 2005, n'apparaît pas disproportionné* » (§59). Elle en conclut ensuite l'absence de violation de l'article 6§1 (§60).

⁶ V. B. THEVENET, *RDPPP*, mars 2022, §66.

⁷ Comme le soulignent Madame FOMBEUR et Monsieur GUYOMAR, « *elle invite implicitement ceux-ci à réexaminer le montant de l'amende dans la limite du taux fixé par la loi, qui devient un maximum et, sans doute, à prendre en considération la gravité de l'infraction, son caractère intentionnel, ainsi que toutes autres circonstances de nature à justifier la décision* », V. *AJDA* 1999, p.783.

258. Autres exemples en matière pénale. Dans un arrêt du 4 septembre 2001¹, il est cette fois question d'un conflit entre liberté d'expression, dans son aspect diffusion et réception d'informations, et interdiction pénalement sanctionnée de publier, diffuser ou commenter, par quelque moyen que ce soit, certains sondages d'opinions pendant la semaine qui précède chaque tour de scrutin. La chambre criminelle, encore une fois, estime que les textes à l'origine d'une telle incrimination sont « *incompatibles avec ces dispositions conventionnelles, [et qu']ils ne sauraient servir de fondement à une condamnation pénale* ». L'article 11 de la loi du 19 juillet 1977² est par la suite modifié quelques mois plus tard³, et cantonne désormais l'interdiction à la veille du scrutin. Là encore, les effets du contrôle du contenu effectué par le juge judiciaire conduisent à la modification de la norme, dont le contenu est ainsi remis en question, comme c'était le cas en matière de garde à vue⁴, ou comme on a pu le voir s'agissant de la modification de l'article 144-1 du Code de procédure pénale⁵ et des autres exemples évoqués en matière pénale s'agissant du contrôle indirect du contenu de la norme⁶. L'article 374-1^o du Code des douanes a aussi fait l'objet d'une modification suite au constat de l'incompatibilité de son contenu : la Cour de cassation estimait en effet que « *les dispositions conventionnelles susvisées s'oppos[ent] à ce que, comme le prévoit l'article 374, paragraphe 1, du Code des douanes, la confiscation d'un objet ayant servi à masquer une fraude douanière soit prononcée par une juridiction pénale sans que son propriétaire connu ait été cité à comparaître* »⁷. La loi du 30 décembre 2002⁸ est ainsi venue ajouter au texte : « *toutefois, si les propriétaires intervenaient ou étaient appelés en garantie par ceux sur lesquels les saisies ont été faites, les tribunaux statueront, ainsi que de droit, sur les interventions ou sur les appels en garantie* », pour se conformer aux exigences définies par le juge judiciaire⁹. Cette modification conduit à une

¹ Crim., 4 septembre 2001, n°00-85.329.

² Loi n°77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages.

³ La modification est effectuée par l'article 5 de la loi n°2002-214 du 19 février 2002.

⁴ V. Ass. plén., 15 avril 2011, n°s10-17.049, 10-30.242, 10-30.313, 10-30.316, V. §215 de la thèse, notamment.

⁵ Pour rappel, l'affaire était d'ailleurs particulièrement illustrative de la complémentarité entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, V. §43 au titre du contrôle indirect du contenu, §61 au titre de son articulation avec le contrôle de la Cour européenne, et §216 au titre de son articulation avec le contrôle du Conseil constitutionnel.

⁶ V., spécialement, §37, §39, §41, §42.

⁷ Crim., 29 novembre 2000, n°99-85.366.

⁸ Loi n°2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002, art. 44.

⁹ Il convient de mentionner qu'une QPC rendue ultérieurement a une nouvelle fois conduit à une modification du texte, dans la mesure, toujours dans le sens d'un renforcement des droits du propriétaire. Le Conseil estimait en effet « *que les dispositions de l'article 374 du Code des douanes permettent à l'administration des douanes de poursuivre, contre les conducteurs ou déclarants, la confiscation des marchandises saisies sans être tenue de mettre en cause les propriétaires de celles-ci, quand même ils lui seraient indiqués ; qu'en privant ainsi le propriétaire de la faculté d'exercer un recours effectif contre une mesure portant atteinte à ses droits, ces dispositions méconnaissent l'article 16 de la Déclaration de 1789* ». L'article est donc modifié par l'article 57 de la loi n°2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012.

amélioration du texte, qui va dans le sens d'un renforcement de la protection du citoyen contre les ingérences d'un État démocratique qui admet le contrôle des normes qu'il émet. Sans exhaustivité, d'autres textes peuvent être cités.

259. Autres exemples en matière civile. D'autres exemples peuvent aussi être cités, dans le même ordre d'idée : sans rentrer dans le détail, c'est le cas des arrêts – déjà évoqués précédemment – qui encadrent l'application de la loi Anti-Perruche¹. En matière de procédure civile, une restriction est aussi apportée à l'article 873 du Code de procédure civile, dans la mesure où l'assemblée plénière de la Cour de cassation estime que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'il en résulte que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation* »². Le texte n'est toutefois pas modifié, dans la mesure où il s'agit plutôt d'imposer une lecture restrictive de sa lettre aux magistrats de l'ordre judiciaire, pour qu'il soit jugé compatible : le contrôle indirect du contenu de la loi permet donc de faire évoluer les pratiques judiciaires, pour qu'elles soient plus en adéquation avec les exigences du procès équitable, et ce de manière générale. La loi est dans cette mesure préservée, le contrôle pratiqué permet d'intégrer en douceur son adaptation aux exigences européennes. La norme est aussi renforcée lorsque son application fait l'objet du contrôle.

Section 2 : Le renforcement de la norme par le contrôle de son application

260. Une observation similaire au contrôle de son contenu peut être formulée : les cas dans lesquels l'incompatibilité est prononcée sont très rares, tant qu'ils pourraient cette fois presque s'apparenter à des cas d'école, du moins en ce qui concerne les décisions de la Cour de cassation. Lorsque le contrôle de l'application de la norme est effectué par le juge judiciaire, cela peut le conduire à l'écarter, mais seulement au cas particulier. Par voie de conséquence, la norme n'est pas mise à l'écart dans tous les autres cas : son existence est donc systématiquement maintenue, si bien qu'elle s'en trouve aussi renforcée (I). Cela permet de déduire qu'il y aurait

¹ V. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, n^{os}02-13.775, 01-16.684 et 05-11.519. V. §89, §91, §99 et §209 de la thèse.

² Ass. plén., 6 novembre 1998, n^o94-17.709.

un réel intérêt à automatiquement articuler contrôle du contenu et de l'application de la norme, même lorsque c'est seulement cette dernière qui est invoquée par le justiciable (II).

I. Le maintien systématique de l'existence de la norme

261. Le contrôle de la compatibilité de l'application de la loi conduit nécessairement à ce que son contenu soit jugé compatible aux droits en cause. C'est donc le cas non seulement lorsque la compatibilité de son application est constatée (A), mais aussi lorsque la norme est écartée parce que son application est jugée incompatible avec un droit contenu dans un traité (B).

A/ Le renforcement de la norme en cas de compatibilité de son application

262. La préservation implicite de la norme contrôlée. Lorsque la norme contrôlée l'est dans le cadre de son application, et que cette dernière est jugée compatible avec un droit contenu dans la Convention, cela implique tout autant de contrôler la compatibilité de son contenu. Ce contrôle peut parfois être totalement implicite, et résulter du silence de la décision. C'est par exemple le cas dans l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 7 avril 2016¹. En effet, ni le contenu du plan local d'urbanisme, ni celui de l'article L480-4 du Code de l'urbanisme ne sont remis en question, et n'ont d'ailleurs pas fait l'objet de changements après la décision. Tant leur contenu que leur application au litige sont préservés, mais le contrôle de l'application de la loi permet incidemment de garantir la conventionnalité implicite du contenu de la norme.

263. Une compatibilité du contenu déduite de la légitimité du but poursuivi par la norme. Dans la plupart des décisions dans lesquelles figure un contrôle de l'application de la norme, tel qu'il a été exercé par le juge judiciaire dans l'arrêt du 4 décembre 2013, un contrôle préalable de son contenu est effectué par la Cour de cassation, même s'il n'est pas toujours totalement explicite. Seuls certains exemples seront cités dans les présents développements, nous renverrons à la partie précédente pour d'autres exemples². La compatibilité du contenu peut être déduite des étapes dans lesquelles la question de la légitimité du but poursuivi par la

¹ Civ. 3^e, 7 avril 2016, n°15-15.011. Il était question d'une construction d'infrastructures destinées à accueillir l'implantation de caravanes, et ce sans autorisation préalable, dans une zone naturelle protégée. L'exemple sera développé *infra*, v. §346 de la thèse.

² V. §50 et suivants de la thèse, tous les exemples mentionnés ci-après ayant par ailleurs déjà été évoqués.

norme se pose, ainsi que la proportionnalité de l'ingérence qui permet d'y parvenir. C'est le cas dans la plupart des décisions étudiées précédemment. On l'observe ainsi par exemple dans les arrêts du 6 juillet 2016¹, dans l'arrêt du 5 octobre 2016², du 8 décembre 2016³. Dans ces décisions toutefois⁴, la structure ne correspondait pas encore à celle préconisée au sein du rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation⁵. Une fois les différentes étapes du rapport davantage explicitées dans les arrêts, la Cour poursuit sur cette lancée. En effet, dans les arrêts du 7 novembre 2018⁶, du 13 juin 2019⁷ ou encore du 10 octobre 2019⁸, on peut y lire une déclaration implicite de la compatibilité du contenu de la loi. Plus

¹ Civ. 1^e, 6 juillet 2016, n°15-19.853. La Cour énonce ainsi que « *la fin de non-recevoir opposée aux consorts X...est prévue à l'article 333 du code civil et poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique* ». La proportionnalité de l'ingérence n'est toutefois pas explicitée, elle n'est finalement que sous entendue. L'article 333 du Code civil n'est d'ailleurs pas modifié à la suite de cette décision : l'existence de la norme est donc bien préservée.

² Civ. 1^e, 5 octobre 2016, n°15-25.507. La première chambre civile estime ainsi que, s'agissant de la prescription de l'action en recherche de paternité, « *l'obstacle opposé à Mme Y... [...] poursuit un but légitime en ce qu'il tend à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations* ». Le texte, en l'occurrence l'article 320 du Code civil, n'a ainsi subi aucune modification ultérieure.

³ Civ. 1^e, 8 décembre 2016, n°15-27.201. La Cour énonce ainsi « *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 est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et 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* ». Là encore, l'existence des dispositions en cause est préservée.

⁴ À noter que le rapport de 2017 énonce que les trois premiers « effectuent les deux types de contrôle ». Il nous semble toutefois que le double contrôle soit davantage implicite qu'explicite. V. rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation, p.163.

⁵ Pour rappel, elles sont introduites selon la présentation suivante (V. p. 159 du rapport précité) :

« *La structure de ces droits commande le contrôle à opérer par un enchaînement de questions pertinentes.*

1. *Le droit invoqué est-il applicable ? [L'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droits protégés par la Convention]*

2. *La mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ?*

3. *Cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ?*

4. *Le but poursuivi est-il "légitime" ?*

5. *L'ingérence est-elle un moyen proportionné ("nécessaire dans une société démocratique") pour parvenir à ce but ?*

Pour le détail de ces différentes étapes dans les arrêts de la Cour de cassation, V. *infra*. Lorsqu'il s'agira d'étudier la structuration du contrôle de conventionnalité.

⁶ Civ. 1^e, 7 novembre 2018, n°17-25.938. Elle mentionne ainsi que « *l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée* », pour ensuite mentionner « *qu'elle poursuit un but légitime [...] en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique* ». Elle valide enfin le contenu de la norme en estimant « *que les délais de prescription des actions en contestation de paternité ainsi fixés par la loi, qui laissent subsister un délai raisonnable pour permettre à l'enfant d'agir après sa majorité, constituent des mesures nécessaires pour parvenir au but poursuivi et adéquates au regard de cet objectif* ».

⁷ Civ. 1^{ère}, 13 juin 2019, n°18-19.100, la Cour évoque que « *la tierce opposition poursuit un but légitime* » et conclut que cette procédure « *conçue de façon restrictive en matière d'adoption, dans un but de sécurité et de stabilité de la filiation adoptive, n'étant ouverte que si le demandeur établit l'existence d'un dol ou d'une fraude imputable aux adoptants* » et « *qu'ainsi conçue, elle est une mesure nécessaire pour parvenir au but poursuivi et adéquate au regard de cet objectif* ». Le texte en cause, l'article 352-2 du Code civil, certes modifié par la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, est resté inchangé du point de vue des dispositions appliquées dans l'affaire en question.

⁸ Civ. 3^{ème}, 10 octobre 2019. Il s'agissait d'une conversion d'un bail à métayage en bail à ferme, la troisième chambre, reprenant les motifs de la Cour d'appel, valide le contenu de la norme en mentionnant que « *les dispositions du statut du fermage et du métayage* » apportent des limitations au droit d'usage qui constituent une

récemment, elle l'effectue aussi dans des arrêts du 14 octobre 2020¹, 2 décembre 2020², ou enfin du 27 janvier 2021³, un peu plus clairement. Dans ces arrêts, une certaine constance peut être constatée : la formule « [la restriction imposée par la norme] *poursuit un but légitime* » est utilisée, pour ensuite expliciter en quoi. Il peut s'agir par exemple de la protection des droits des tiers ou de la sécurité juridique, de la stabilité des liens de filiation, de l'intégrité de la famille, ou encore du respect au droit des biens. La conclusion est systématiquement tournée vers le caractère adapté et proportionné des limitations imposées par le contenu des textes au regard de ces buts. Dans ces différentes décisions, la Cour n'explicite toutefois pas véritablement la compatibilité du contenu de la norme aux droits contenus dans la Convention. C'est le cas dans certaines décisions, notamment dans une décision de 2016 – rendue avant la remise du rapport – qui est à saluer de ce point de vue.

264. Un brevet de conventionnalité davantage explicité dans l'arrêt du 9 novembre 2016. Le meilleur exemple dans lequel un double contrôle est exercé est sans conteste l'arrêt du 9 novembre 2016 déjà évoqué⁴. Après avoir énoncé la légitimité du but poursuivi par la norme⁵, elle poursuit en évoquant que « *s'agissant en particulier de l'action en recherche de paternité, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a prévu des dispositions transitoires favorables, dérogeant à la règle selon laquelle la loi n'a pas, en principe, d'effet sur une prescription définitivement acquise, afin d'étendre aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance*

ingérence mais que « *la conversion en bail à ferme n'est cependant pas dépourvue de tempéraments et de contreparties, de sorte qu'un juste équilibre se trouve ménagé entre les exigences raisonnables de l'intérêt général et la protection du droit au respect des biens du bailleur, les limitations apportées au droit d'usage de ce dernier n'étant pas disproportionnées au regard du but légitime poursuivi* ». L'article L417-11 du Code rural est ainsi préservé de toute remise en cause.

¹ Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2020, n°19-12.373 et n°19-18.79. La Cour estime que « *si l'action en contestation de paternité et la décision d'annulation d'une reconnaissance de paternité en résultant constituent des ingérences dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, elles [...] poursuivent un but légitime en ce qu'elles tendent à permettre l'accès de l'enfant à la réalité de ses origines* ». Là encore, le contenu de l'article 332 du Code civil est préservé, et n'a pas subi d'assauts du législateur.

² Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n°19-20.279.

³ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2021, n°19-15.921. Il était ici question d'une enfant née sous X, admise comme pupille de l'État, puis remise à un couple, qui avait déposé une requête en adoption plénière. Retrouvée quelques mois plus tard par son père d'origine, ce dernier l'a reconnue, ce qui fait naître une incompatibilité dans l'établissement du lien de filiation. Confrontée à l'application de l'article 352 alinéa 1^{er} du Code civil, et 329 du Code de procédure civile, la reconnaissance est annulée. Pour considérer le contenu des textes comme étant conforme à l'article 8 de la Convention européenne, la Cour de cassation estime que « *ces dispositions, qui constituent une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale du père de naissance, poursuivent les buts légitimes de protection des droits d'autrui en sécurisant, dans l'intérêt de l'enfant et des adoptants, la situation de celui-ci à compter de son placement en vue de l'adoption et en évitant les conflits de filiation* ». Les articles en cause n'ont ainsi pas été modifiés depuis.

⁴ Civ. 1^{er}, 9 novembre 2016, n°15-25.068.

⁵ Elle précise ainsi que « *la prescription des actions relatives à la filiation [...] poursuit un but légitime en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique* ».

le nouveau délai de prescription de dix ans ». Elle en déduit que, et c'est précisément là que réside l'apport de cette décision du point de vue du contrôle du contenu de la norme, « *ces dispositions, qui ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité juridique, d'autre part, ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 8* ». Le brevet de conventionnalité est ainsi explicitement attribué à la norme, dont le contenu est déclaré conforme à la CEDH : elle continuera à s'appliquer *a priori* dans tous les cas de figure. La précision peut paraître superflue, mais elle nous semble pourtant présenter un certain intérêt. En effet, du point de vue de la clarté du contrôle du contenu de la norme, elle permet d'explicitier sa compatibilité conventionnelle, ce qui renforce son autorité tant dans le contrôle que peut exercer le juge judiciaire que celui qui pourrait être exercé par les autres juges. Certes, c'est aussi implicitement le cas la plupart des décisions précitées, mais le simple ajout de ce paragraphe n'alourdit qu'assez peu la motivation, tout en renforçant davantage la préservation de l'existence de la norme. Elle est aussi préservée lorsque son application est jugée incompatible avec un droit contenu dans la Convention.

B/ Le renforcement de la norme en cas d'incompatibilité de son application

265. Un constat implicite de compatibilité du contenu de la norme dans l'arrêt du 4 décembre 2013. Il y a en réalité très peu d'exemples dans lesquels le contrôle de l'application de la loi conduit à un constat de son incompatibilité avec un droit fondamental. Malgré cela, quoi qu'il en soit, lorsqu'un contrôle *in concreto* est pratiqué et qu'il conduit à écarter l'application de la norme dans l'affaire en cause, il implique nécessairement un contrôle préalable du contenu du texte. Dans l'arrêt du 4 décembre 2013¹, il n'était certes pas explicitement évoqué, mais la seule lecture du communiqué de la Cour peut éclairer². En effet, il est bien précisé que « *le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question* ». Autrement dit, la prohibition du mariage entre ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne n'est pas contestée. Le contenu de l'article 161 du Code civil est donc compatible avec le droit à la vie privée et familiale, et n'a d'ailleurs absolument pas été modifié depuis. L'existence de la norme est ainsi garantie même lorsque le contrôle du contenu n'est pas explicitement pratiqué préalablement au contrôle de l'application de la norme et que ce

¹ Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, v. §47 et suiv. pour un résumé de l'affaire.

² Communiqué disponible sur le site internet de la Cour de cassation, ou au *D.* 2014, p.179.

dernier aboutit pourtant à l'écarter dans l'affaire en cause. La nécessité pour la Cour de cassation de produire un tel communiqué semble laisser présager que la légitimité même de l'exercice du contrôle de l'application repose sur le constat d'un contrôle du contenu préalable infructueux. Il convient d'ailleurs de mentionner que lorsque la loi est écartée parce que son application est contraire à un droit fondamental, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et familiale, posé par l'article 8 de la Convention, l'intérêt législatif protégé n'est pas nécessairement atteint. En effet, dans l'espèce en cause, l'objectif de stabilisation des relations familiales semblait acquis. On objectera, certes, que le délai spécial de prescription prévu en la matière laissait penser que la volonté du législateur était de faire perdurer un tel interdit dans le temps¹. Cependant, de manière générale, l'interdit législatif ne semble pas se heurter avec l'inconventionnalité circonstanciée, dans la mesure où elle intervient dans des cas qui échappaient justement aux prédictions du législateur. Les seuls autres exemples dans lesquels la loi a été écartée au cas particulier confirment un tel constat². Un autre exemple, tout aussi emblématique et massivement commenté, peut être illustratif à cet égard.

266. Le maintien de l'interdiction de la PMA *post mortem* suite à la décision *Gonzalez-Gomez*. Sans détailler à nouveau³, dans le célèbre arrêt *Gonzalez-Gomez* du 31 mai 2016⁴, un brevet explicite de conventionnalité est octroyé aux articles L2141-2, L2141-11 et L2141-11-1 du Code de la santé publique. Le Conseil d'État estime en effet que les dispositions précitées ne « *sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8* ». Pour le premier texte, le juge administratif le justifie en mentionnant que « *cette interdiction relève de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés*

¹ Cet aspect est très justement souligné par les Professeurs VIGNEAU et LEMOULAND, qui mentionnent que « *si les textes (art. 184 c. civ.) sanctionnent la violation des dispositions de l'article 161 par une nullité absolue ouverte pendant trente ans (délai non modifié de façon délibérée par la L. n° 2008-561, 17 juin 2008 relative à la prescription) aux époux eux-mêmes, à tous ceux qui y ont intérêt et au ministère public, ce n'est pas sans raison. A l'évidence, une action en nullité si largement ouverte peut venir troubler longtemps après « la vie privée et familiale »* », V. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, « Droit des couples », D. 2014, p.1342, I-A-2. V. aussi, J. HAUSER, « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », *RTD civ.* 2014, p.88.

² Pour rappel, v. Crim., 22 septembre 2021, n°20-80.489 s'agissant du vol de portraits par des militants écologistes ; Crim., 26 février 2020, n°19-81.827 s'agissant de la mise à l'écart du délit d'exhibition sexuelle par une militante féministe ; Crim., 26 octobre 2016, n°15-83.774 (V. §53 et 54 de la thèse). Il semble que la liberté d'expression soit dans cette mesure un motif qui permette d'exercer un contrôle concluant de l'application de la loi pénale, dans certaines circonstances. Aucune des incriminations n'a fait l'objet de modifications à la suite de ces décisions.

³ V. §106 et suiv. de la thèse.

⁴ CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848.

fondamentales et elle ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention ». Pour les autres, il mentionne que « *ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes les exigences nées de l'article 8 de cette convention* ». Une telle argumentation est satisfaisante, dans la mesure où le contenu du texte est explicitement validé, alors même que le contrôle de son application à l'espèce conduit à l'incompatibilité bien connue. D'ailleurs, l'interdiction de l'insémination *post mortem* n'a absolument pas été remise en cause par la loi bioéthique du 2 août 2021¹, pourtant en partie inspirée dans son article 1^{er} par une volonté d'égaliser l'accès à l'assistance médicale à la procréation sans opérer de différence de traitement au regard du statut matrimonial et de l'orientation sexuelle des demandeurs. Si le contrôle *in concreto* avait eu des effets indésirables sur l'interprétation du contenu de la norme, la prohibition aurait subi *a minima* des atténuations de la part du législateur. Or cela n'a pas été le cas, alors même que du point de vue de la cohérence des évolutions permises par le texte, il aurait été judicieux de s'y intéresser davantage. En effet, dans la mesure où la PMA a été ouverte aux femmes seules, l'interdiction de la PMA *post mortem*, qui suit dans une certaine mesure une logique similaire, a été totalement maintenue. Le Conseil d'État, dans son avis rendu sur le projet de loi relatif à la bioéthique, avait pourtant clairement énoncé que « *dans un souci de cohérence d'ensemble de la réforme, le Conseil d'Etat recommande cependant au Gouvernement d'autoriser le transfert d'embryons et l'insémination post mortem* »². Cela a ainsi fait l'objet d'amendements au Sénat³, dont

¹ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

² V. l'avis publié par le Conseil d'État sur son site internet. Il le justifie en mentionnant que « *cette situation aboutit à ce qu'une femme dont l'époux est décédé doive renoncer à tout projet d'AMP avec les gamètes de ce dernier ou les embryons du couple, alors qu'elle sera autorisée à réaliser une AMP seule, avec tiers donneur. Le Conseil d'Etat estime qu'il est paradoxal de maintenir cette interdiction alors que le législateur ouvre l'AMP aux femmes non mariées* ». Malgré cela, il est probable que le maintien de l'interdiction ne fasse pas l'objet d'une appréciation différente si un contrôle abstrait devait être exercé ultérieurement par le Conseil d'État. En effet, l'avis mentionne clairement que « *le principe d'égalité n'est pas méconnu dès lors que la femme seule et la femme dont le conjoint ou le concubin est décédé sont placées dans des situations différentes, notamment au regard de leur capacité à consentir librement à une AMP et au regard de la filiation de l'enfant* ».

³ Le sénateur Daniel CHASSEING, dont l'amendement avait été accidentellement adopté, estimait lors des débats du 2 février 2021, au soutien de l'amendement n°45 rectifié, qu'« *il s'agit de rétablir une cohérence. En effet, la femme survivante, désormais seule, pourra accéder à l'AMP avec un autre tiers donneur, alors que les embryons conçus avec son conjoint ne pourront pas lui être donnés. En revanche, ces embryons pourraient être remis à un autre couple ou servir à la recherche. Il semble préférable d'autoriser la poursuite des projets parentaux plutôt que d'éviter la reprise d'une AMP, processus dont la durée est très longue. Nous proposons que les démarches liées à l'AMP puissent être poursuivies au maximum dix-huit mois après le décès du conjoint* ». Il est par ailleurs soutenu par la sénatrice Véronique GUILLOTIN qui le rejoint avec une proposition d'amendement (n°118), et ajoute qu'« *aujourd'hui, alors que le projet de loi donne à toutes les femmes seules la possibilité d'accéder à l'AMP on voudrait interdire à une femme dont l'époux est décédé au cours d'un projet parental de poursuivre ce projet. Cette femme pourrait bénéficier d'un don de gamètes d'un homme anonyme, mais on lui interdirait le*

l'adoption accidentelle de l'un d'eux avait finalement conduit au rejet de la PMA pour toutes les femmes seules¹. Malgré ces arguments de cohérence juridique, l'interdiction est maintenue². Le contrôle de l'application du texte exercé par le juge administratif a ainsi permis, parce qu'il était précédé d'un contrôle du contenu détaillé, de ne faire naître aucun doute sur la compatibilité du contenu du texte aux droits issus de la Convention européenne, et l'a ainsi protégé de tout assaut législatif, alors même qu'ils auraient pu être justifiés par des évolutions textuelles postérieures. Cela témoigne bien du fait que l'exercice d'un contrôle de l'application de la loi – qui conduit pourtant à l'écarter dans l'espèce en question – n'atteint aucunement le contenu d'un texte, voire même pourrait avoir tendance à le renforcer du fait du contrôle du contenu préalable. L'articulation systématique d'un double contrôle approfondi semble ainsi préférable.

II. L'intérêt d'un contrôle systématique du contenu de la norme

267. L'indépendance du contrôle du contenu de la norme. Lorsqu'il s'agit d'examiner la compatibilité du contenu du texte à un droit fondamental, rien ne fait obstacle à ce que ce contrôle s'exerce de manière autonome. En effet, il s'agit d'un contrôle dont les conséquences peuvent être déliées du litige en question, à la manière de la question prioritaire de constitutionnalité. Par voie de conséquence, c'est un contrôle qui peut s'exercer de manière totalement indépendante des faits qui lui ont donné naissance : il n'est donc pas nécessaire de systématiquement l'associer au contrôle de l'application de la norme. D'ailleurs, comme cela a été mentionné, c'était le cas jusqu'à l'arrêt du 4 décembre 2013. Il peut donc sans problème être invoqué seul. En revanche, il semble que le contrôle de l'application de la norme implique nécessairement que soit contrôlé son contenu.

268. La préférable articulation systématique d'un double contrôle. Dans le rapport de la Cour de cassation précité, il est mentionné une distinction au niveau de la cinquième étape,

recours à l'implantation d'embryons conçus avec les gamètes de son époux décédé ! ». D'autres amendements, dans un sens similaire, étaient soutenus par les sénateurs Daniel SALMON (n°127) et Elisabeth DOINEAU (n°37). V. le compte rendu des débats du 2 février 2021, site internet du Sénat.

¹ V., pour des extraits vidéos de l'imbroglio provoqué par l'adoption accidentelle de l'amendement du sénateur CHASSEING. V. aussi le compte rendu des débats dans lequel l'amendement n°45 est accidentellement adopté, fin de §5. Le propos peut sembler anecdotique, mais témoigne du fait que l'abandon de l'interdiction ne suscitait aucunement l'adhésion tant des rédacteurs du projet de loi que des membres de la majorité au Sénat.

² V. sur cette question, M. MESNIL, « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS* 2021, p.790 ; P. CURIER-ROCHE, « La procréation médicalement assistée (PMA) dans le cadre de la nouvelle loi de bioéthique : « évolution-révolution » ? », *RDSS* 2021, p.769.

qui permet d'effectuer alternativement un contrôle de la compatibilité du contenu ou de l'application de la loi. Il est ainsi précisé, après explicitation des définitions de ces deux modalités de contrôle, que « *les parties peuvent soulever l'inconventionnalité d'un texte, l'inconventionnalité de son application, ou les deux. Si, à l'issue d'un contrôle in abstracto, l'inconventionnalité du texte est constatée, son application doit être écartée, dans tous les cas. Mais si, à l'issue d'un contrôle in abstracto d'un texte, son inconventionnalité est rejetée, cela ne préjuge pas du résultat d'un contrôle de l'application in concreto du même texte, dont le résultat variera selon les circonstances de l'espèce* ». Les décisions étudiées confirment ces affirmations. Toutefois, si le contrôle du contenu de la norme peut être exercé sans que ne soit contrôlée son application à l'espèce, il semble que l'inverse soit difficilement envisageable : lorsque le contrôle de l'application de la norme est effectué, cela implique nécessairement que son contenu soit systématiquement examiné. En effet, on imagine assez mal une norme pour laquelle l'application serait déclarée compatible aux droits contenus dans la Convention, mais pas son contenu. Similairement, il serait peu utile de conclure à l'incompatibilité de l'application d'un texte, dans le cas où il en serait de même pour son contenu. Compatibilité ou non de l'application emporte donc dans tous les cas compatibilité du contenu, et donc contrôle préalable. Ainsi, même si seule l'inconventionnalité de l'application de la norme est invoquée, il est nécessaire pour le juge d'examiner dans tous les cas aussi celle de son contenu, et de conclure explicitement à la compatibilité *in abstracto*, comme c'est le cas dans l'arrêt de novembre 2016, ou encore d'arrêt *Gonzalez-Gomez*. Tout exercice d'un contrôle de l'application d'un texte impliquera donc d'accorder un brevet de conventionnalité à son contenu. Le contrôle de l'application permet ainsi de préserver systématiquement l'existence de la norme, et de la renforcer.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

269. L'étude des diverses décisions qui concernent tant le contrôle de la compatibilité du contenu que de l'application de la loi conduit au constat quasi-systématique du renforcement de cette dernière. Que le contenu de la norme soit jugé compatible ou incompatible, ou que le contrôle de son application conduise à l'appliquer ou l'écarter, elle est préservée ou améliorée. L'action du juge n'engendre donc aucunement un affaiblissement de la règle de droit, mais peut être perçue comme un moyen de préservation ou d'épuration de normes qui subissent les assauts du temps. Les exemples fournis, certes non exhaustifs, tendent à montrer que la compatibilité demeure le principe, et l'incompatibilité l'exception. D'autant que dans le second cas, la remise en cause du contenu de la norme s'inscrit dans une cohérence juridictionnelle tant nationale – lorsque le Conseil constitutionnel censure préalablement le contenu d'une norme – que supranationale, lorsque la Cour européenne l'écarter. Dans le premier, l'incompatibilité de l'application de la norme, constatée dans de très rares décisions, n'entache aucunement le contenu du texte, et n'entre pas en contradiction avec les intérêts que ce dernier garantit. Cette nouvelle modalité de contrôle, qui a pourtant fait grand bruit, ne semble se développer que de manière marginale. Elle ne conduit à l'éviction de la loi que dans des cas, très rares, qui échappent à sa prévoyance, lorsque des circonstances factuelles très spécifiques la justifient à titre exceptionnel. Cette mutation du droit français se traduit ainsi par l'affirmation d'une véritable démocratie qui prend une nature judiciaire, et qui peut désormais être pleinement assumée.

Chapitre 2 : L'affirmation d'une démocratie judiciaire

270. Les extraits issus du *Dialogue entre un philosophe et un légaliste des common law* de Thomas HOOBES qui illustrent les rapports entre juge et législateur sont trop nombreux pour être tous cités. On se permettra toutefois d'en retranscrire une partie, trop appropriée pour être tronquée, en commençant par la défense du légaliste qui mentionnait : « *J'avoue que personne ne peut être tenu d'observer la compétence des cours, tant que toutes les cours ne se seront pas mises d'accord entre elles, mais quelle règle peut avoir un juge pour juger sans contredire la loi écrite ni mécontenter le législateur auteur de cette loi, c'est ce que je ne comprends pas* »¹. Le philosophe lui répond : « *je crois qu'il évitera l'un et l'autre s'il prend garde à ce que par sa sentence il n'aille ni punir un innocent ni lui refuser les dommages-intérêts qui lui sont dus par celui qui dans l'intention de lui nuire lui a intenté un procès sans matière raisonnable, ce qui, pour la plupart des hommes rationnels et sans parti pris n'est pas, à mon avis, bien difficile. Et même si un juge, ce qui peut arriver à tout le monde, fait une erreur de jugement, il y a toujours un pouvoir dans le droit anglais capable de contenter les parties* ». Il ajoute ensuite : « [...] *À presque toutes les règles générales il y a un très grand nombre d'exceptions raisonnables que les auteurs de la règle ne pouvaient pas prévoir ; et dans tous les statuts, surtout ceux qui sont longs, il y a un très grand nombre de mots dont la signification est grammaticalement ambiguë et pourtant, pour ceux qui savent bien à quelle fin le statut a été fait, sont suffisamment clairs ; et un grand nombre de liaisons dont l'antécédent est incertain, et où un grammairien peut trouver maître à argutie, si parfaitement claire que soit l'intention du législateur. Et ce sont là des difficultés dont les juges doivent se rendre maîtres, et dont ils peuvent se rendre maîtres étant donné les capacités pour lesquelles ils ont été choisis, autant qu'on peut l'espérer de quiconque ; et ils ne sont pourtant pas les seuls à en être capables, sans quoi les places de juges ne pourraient être de temps à autre remplies* ». L'analyse de cette logique judiciaire étrangère, et plus largement celle des pays de *common law*, transposée au contrôle pratiqué par le juge judiciaire est éclairante, et illustre l'esprit de ce qui sera défendu dans le présent chapitre².

¹ Th. HOOBES, *Dialogue entre un philosophe et un légaliste des common laws d'Angleterre*, Vrin, 1990, p.90. Pour une approche critique de la résurgence de cette philosophie, V. M. VILLEY, « Préface au « De Cive » : Hobbes en notre temps », *Archives de philosophie du droit, Tome 25, La loi*, Sirey, 1980, p.285.

² Pour une bonne synthèse comparative entre la logique française et américaine, notamment du point de vue du rôle de la jurisprudence et de la motivation des décisions, V. P. PASQUINO, « De la motivation. Remarques préliminaires », *Les cahiers de la justice* 2014, p.177. L'auteure souligne la confrontation entre la vision du pouvoir judiciaire pensé « *comme un pouvoir nul (Montesquieu), comme pouvoir fondé sur un savoir technique (Coke) et comme pouvoir juste - neutre (Hobbes)* ».

271. L'intégration du contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux implique en effet un changement de regard sur notre système juridique, qui a subi par ce biais des mutations, à plusieurs titres. En effet, loin de la pensée révolutionnaire d'un juge soumis à la norme, la possibilité de l'écarter au nom de droits fondamentaux contenus dans des traités internationaux lui est désormais confiée. Le développement du contrôle de l'application des lois permet de franchir un pas supplémentaire dans un mouvement déjà entamé depuis de nombreuses décennies¹. Le droit français intègre donc de nouvelles logiques démocratiques (Section 1). L'utilisation tant du contrôle du contenu que de l'application de la loi est ensuite la traduction du renforcement d'un idéal de justice qui irrigue le droit français (Section 2).

Section 1 : L'intégration de nouvelles logiques démocratiques

272. La démocratie française est profondément ancrée dans un système représentatif, au travers duquel s'est construit le mythe de la loi. Malgré les évolutions, les changements successifs de régimes politiques, les conflits armés, les horreurs et les dérives du pouvoir législatifs constatées dans l'histoire récente, le règne de la loi perdure dans les dispositions du Code civil. Le juge judiciaire s'est toutefois progressivement frayé un chemin vers la voie de la production normative, initialement dans l'interprétation des règles qu'il est chargé d'appliquer. Le développement des contrôles de la loi au regard des droits fondamentaux vient parachever le mouvement, et implique de modifier le regard qui est porté sur le juge, d'un point de vue démocratique. En effet, il est nécessaire de cesser de craindre que le juge judiciaire exerce un pouvoir politique (I), d'autant que le droit européen s'inspire de logiques issues des pays de *common law*, qui sont de véritables démocraties judiciaires (II).

I. La fin des craintes d'un juge politique

273. La véhémence des critiques formulées à l'égard du contrôle de conventionnalité, puis du contrôle de l'application des lois qu'ont choisi d'exercer les juges français, peut questionner. Elles se justifient en grande partie par la crainte du pouvoir du juge, ancrée dans l'esprit du

¹ Voire bien davantage, ce qui est bien souligné par certains. Pour une approche historique très complète mais synthétique sur le sujet, V. F. ZENATI-CASTAING,

juriste français depuis la Révolution. Il nous semble donc intéressant d'en étudier – succinctement – les origines, afin de montrer qu'elles sont désormais dépassées (A). Cela permettra d'en conclure que le contrôle par le juge national de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux est un véritable élément de renouvellement démocratique, et ce d'autant plus à l'aune du contrôle de la compatibilité de l'application des lois aux droits fondamentaux (B).

A/ Le dépassement des idéologies révolutionnaires

274. La crainte des arrêts de règlement. Le propos est certes connu, mais mérite d'être développé, dans la mesure où il justifie la méfiance dont peut faire preuve une partie de la doctrine française à l'égard du contrôle de conventionnalité, exacerbée par les arrêts explicitant la possibilité pour le juge d'exercer un contrôle de la compatibilité de l'application des lois aux droits fondamentaux. De nombreuses critiques se focalisant sur la crainte d'une intrusion de l'autorité judiciaire dans le pouvoir législatif, il peut être intéressant d'en déceler les origines, afin de montrer qu'elles apparaissent aujourd'hui moins justifiées. Les textes actuels qui régissent les restrictions imposées au juge sont en réalité l'héritage de textes adoptés par l'Assemblée nationale en 1790, si bien qu'exposer brièvement les textes et débats de l'époque peut être éclairant, d'autant que cela permettra de justifier nos propositions¹. Sans détailler, les arrêts de règlement rendus par les Parlements² sous l'ancien régime étaient certes la traduction d'une résistance au pouvoir³. Le juge avait ainsi pris un rôle réellement politique⁴, que les révolutionnaires ont souhaité endiguer. L'objectif était de permettre au nouveau régime de perdurer, et de ne pas subir les atteintes d'un pouvoir judiciaire considéré comme belliqueux. La lecture des textes de la loi des 16-24 août 1790 est ainsi édifiante. Le titre II, intitulé, « des juges en général », comprend d'abord l'article 10, qui dispose que « *les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* ». La portée du texte est considérable. L'article 12 poursuit dans le même esprit, en énonçant qu'« *ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au*

¹ V. §417 et suiv., spéc. §423, et annexe 1.

² Sur l'organisation des Parlements, V. J. MOREAU-DAVID, A.-S. CHAMBOST, *Histoire du droit*, Foucher, 2010, p.72 ; et D. LE PAGE, J. LOISEAU, *Pouvoir royal et institutions dans la France moderne*, Armand Colin, 2019, p.123.

³ V. F. GARRISSON, *Histoire du droit et des institutions, Le pouvoir des temps féodaux à la révolution*, Montchrestien, 1977, p.329 ; Y. LEMOINE, *La loi, le citoyen, le juge*, Flammarion, 1990, p.207.

⁴ V. J.-C. FARCY, *Histoire de la justice en France, de 1789 à nos jours*, La découverte, 2015, p.12.

corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». Ce texte interpelle, dans la mesure où est textuellement consacrée une forme de dialogue entre pouvoirs législatif et judiciaire. Il s'est d'ailleurs traduit par l'imposition de rendre des rapports sur les décisions rendues, annuellement, au Parlement, pratique qui connaît aujourd'hui un certain renouvellement et qui s'est enrichie de communiqués rendus par la Cour de cassation¹. On ne saurait de surcroît passer sous silence l'instauration du référé législatif², qui imposait à la Cour de cassation d'en référer au législateur en cas de doute sur l'interprétation d'un texte. Le conflit était ensuite tranché par le biais d'une loi interprétative, ce qui cantonnait les pouvoirs du Tribunal de cassation. L'impossibilité de rendre des arrêts de règlement³ s'est aussi retrouvée dans la Constitution du 3 septembre 1791, dont le chapitre V du titre III était d'ailleurs intitulé « Du pouvoir judiciaire »⁴. L'article 3 énonce ainsi que « *les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois* ». L'interdiction de rendre des arrêts de règlement, même s'il est évident de la rappeler, s'est ensuite bien évidemment traduite au sein de l'article 5 du Code civil de 1804, inchangé depuis, qui dispose qu'« *il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Cette même crainte s'est aussi traduite lorsqu'il a fallu créer une Cour supérieure chargée d'uniformiser l'interprétation des lois.

275. Les limitations originelles du rôle de la Cour de cassation. Lors de la création du tribunal de cassation en 1790⁵, la crainte de créer une Cour suprême aux pouvoirs étendus était

¹ On a pu l'observer, celui rendu à propos de l'arrêt du 4 décembre 2013 était édifiant.

² La loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 2000) vient toutefois assez rapidement le supprimer, la question étant désormais tranchée par les sections réunies du tribunal de cassation. Malgré quelques résurgences sous le premier empire, il est définitivement supprimé par la loi du 1^{er} avril 1837 qui confie les conflits d'interprétation aux chambres réunies de la Cour de cassation.

³ V. F. GARRISON, *op. cit.*, p.166.

⁴ Paradoxalement, la terminologie était ainsi moins nuancée qu'actuellement, dans la mesure il est question dans la Constitution du 4 octobre 1958 de l'« autorité » judiciaire : preuve que 170 ans plus tard, la crainte du pouvoir judiciaire a perduré, et qu'on a souhaité en faire la traduction terminologique. V. A. MARONGIU, « La place du pouvoir judiciaire dans les Constitutions françaises du XVIII^e et du XIX^e siècle », in *Études d'Histoire du droit à l'époque contemporaine (XIX^e-XX^e siècles)*, PUF, 1985. D'ailleurs, dans la Constitution de 1848, le Chapitre VIII était aussi intitulé « Du pouvoir judiciaire ». Pour une synthèse historique de la Cour de cassation, V. Ch. ARRENS, « Propos introductif », in J. BARTHÉLEMY, Ph. GALANOPOULOS, PRÉTOT (dir.), *Deux siècles de jurisprudence, La Cour de cassation au service du droit et du justiciable*, Dalloz, 2022, p.1. V. aussi Ph. GALANOPOULOS, « De la jurisprudence de la Cour de cassation : le nombre, le style et la publicité des arrêts », *op. cit.*, p.7. V. aussi, dans le même ouvrage, J.-L. HALPÉRIN, « La jurisprudence de la chambre civile, sa précocité et son enracinement », p.19.

⁵ Les débats se concentrent autour du rapport du comité de Constitution sur la haute cour nationale et le tribunal de cassation, dont Isaac Le Chapelier était rapporteur. Le rapport a été remis lors de la séance du 25 octobre 1790, puis vivement critiqué puis réétudié lors des séances du 9, 10, 11, 17, 18, 19 et 20 novembre 1790. V. Archives Parlementaires de 1787 à 1860, première série (1787-1799), Tome XX, du 23 octobre au 26 novembre 1790,

omniprésente dans l'esprit des révolutionnaires¹. De très nombreux exemples de propos véhéments peuvent être trouvés, tant les séances sur le sujet ont été nombreuses et les discussions houleuses, voire par moments désorganisées². La méfiance à l'égard du juge judiciaire et la volonté de sacraliser la loi se lit évidemment dans les propos de Maximilien de Robespierre, mais pas seulement : elle était à l'époque généralisée et il s'agissait, lors de la création du tribunal de cassation, d'instaurer une juridiction à la fois indépendante du pouvoir exécutif, et totalement soumise à la loi. Les révolutionnaires étaient conscients du risque d'instaurer une juridiction trop puissante, si bien que les débats se sont centrés tant sur sa compétence que sur la nomination de ses membres. Lors de la séance du 25 octobre 1790³, le député François-Paul-Nicolas ANTHOINE estime par exemple que « *la Cour de cassation, destinée à conserver l'unité de l'exécution de la loi, garantit la liberté civile. [...] Mais, par une fatalité qui tient à la nature même des choses, plus un ressort est puissant en politique, plus aussi il est dangereux, plus il convient d'en modérer et d'en diriger l'action avec le scrupule des précautions les mieux combinées* ». Il ajoute qu'« *il s'agit de former des tribunaux redoutables dont l'influence doit se faire ressentir à la fois dans toutes les parties de la France ; dont la juridiction n'aura de limites que celles de l'Empire ; le pouvoir, d'autres bornes que la loi et la conscience des hommes qui en occuperont les places* ». Le texte proposé est ensuite fortement débattu. Lors de la séance du 9 novembre 1790, Robespierre dresse les traits de ce qui sera les fonctions de l'actuelle Cour de cassation. Il estime ainsi que « *les tribunaux sont établis pour décider les contestations entre citoyens et citoyens ; là finit le pouvoir judiciaire, là commence l'autorité de la Cour de cassation. C'est sur l'intérêt général, c'est sur le maintien de la loi et de l'autorité législative que la Cour de cassation doit se prononcer. Le pouvoir législatif n'établissant que la loi générale, dont la force dépend de l'exacte observation, si les magistrats pouvaient y substituer leur volonté propre, ils seraient législateurs. Il est donc nécessaire d'avoir une surveillance qui ramène les tribunaux aux principes de législation* »⁴. Le député ROEDERER mentionne ensuite « *que la cassation ne doit servir qu'à faire rentrer les juges dans les formes salutaires qui seront prescrites par la loi ; mais que le mal jugé*

Librairie administrative P. Dupont, 1885, accessible librement en ligne sur le site Persée. V. aussi, L. SILANCE, « La règle de droit dans le temps », in Ch. PERELMAN (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p.50.

¹ V. J.-C. FARCY, *op. cit.*, p.18.

² C'est à croire que les critiques formulées à l'égard du législateur pouvaient l'être dès l'origine. On reprendra les propos de l'avocat François-Nicolas BUZOT, qui estimait lors de la séance du 25 octobre que « *si [la discussion] continue comme elle a commencé, il sera difficile de délibérer. Le désordre de la délibération vient peut-être du peu d'ordre du projet de décret* ». M. Le CHAPELIER lui répond : « *j'observe d'abord que nous n'avons fait que suivre le désir et l'empressement de l'Assemblée* ». Les débats sur ce sujet se poursuivent le mois suivant, et sont heureusement davantage ordonnés.

³ V. *op. cit.*, p.32 et p.33.

⁴ *Op. cit.*, p.336. Il poursuit en mentionnant que ce pouvoir de surveillance doit revenir au législateur.

évident, la contrariété d'arrêts, s'ils pouvaient donner lieu à la cassation, feraient du tribunal de cassation un tribunal d'appel suprême »¹. Ainsi naquit, le 10 novembre 1790, le décret sur le tribunal de cassation concernant la connaissance du fond des affaires, ainsi formulé : « le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond d'aucune affaire, il sera tenu d'annuler tout jugement dans lequel les formes auront été violées, ou qui contiendront une contravention expresse au texte de la loi »². Le texte a d'ailleurs été repris à l'article 20 du Chapitre V du Titre III de la Constitution de 1791³. La volonté de restreindre le pouvoir des juges de cassation s'est aussi traduite lors des réflexions quant à leur nomination.

276. Une limitation du pouvoir par l'élection des juges. Lors de la création du tribunal de cassation, l'objectif était de limiter au maximum l'esprit de corps de ses membres, et non d'en renforcer la légitimité. Dans cette perspective, la voie de l'élection avait été choisie. Elle visait à permettre un renouvellement optimal, en vue d'éviter que ne se crée un pouvoir judiciaire qui puisse, sur le long terme, concurrencer le pouvoir législatif. Ainsi, le député GOUPIL, lors de la séance du 9 novembre 1790, estimait que « tous les peuples libres de l'antiquité ont toujours été effrayés des magistratures perpétuelles, et n'auraient jamais consenti que l'honorable fardeau de servir la patrie se transformât en privilège. Si cela arrivait, la liberté serait perdue. [...] Ainsi, vous avez soumis les dépositaires du pouvoir à l'effet utile de la censure publique, et les élections ne sont pas autre chose que cette censure »⁴. Quelques jours plus tard, le 18 novembre 1790, lorsque la question est examinée plus en détails, il s'agit de débattre tant sur la durée du mandat du juge que de son renouvellement. S'expriment alors les craintes les plus profondes, avec à leur tête Robespierre, qui affirme, sous les applaudissements de l'Assemblée, que « ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau : il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence. Le véritable inconvénient de l'esprit de corps, qui cherche toujours à s'introduire dans un tribunal, qui s'introduirait dans le tribunal de cassation comme partout ailleurs, parce que les hommes ont toujours une volonté particulière. Il y a encore cet esprit d'orgueil, cet amour naturel d'étendre son autorité. Le seul moyen de l'empêcher d'abuser de son autorité est de le

¹ *Op. cit.*, p.338.

² *Op. cit.*, p.351.

³ Il énonce en effet qu'« en matière de cassation, le tribunal de cassation ne pourra jamais connaître du fond des affaires ».

⁴ *Op. cit.*, p.337.

renouveler très fréquemment. C'est ainsi qu'on le rappellera à cet esprit d'égalité sans lequel il n'y a plus de magistrats, mais des despotes et des tyrans »¹. Il demande ainsi que « le tribunal de cassation soit renouvelé en totalité le plus souvent possible ». Certains proposent un renouvellement par moitié tous les deux ans², avec pour d'autres un mandat de quatre ans³. Le Chapelier insiste sur la nécessité de bien distinguer ces élections des législatives, en mentionnant qu'il « cherche surtout à bannir de l'élection des juges un système représentatif »⁴, tout en mentionnant qu'un mandat de six ans ne serait pas si « effrayant », dans la mesure où la Cour de cassation serait renouvelée en totalité. Il le justifie en effet, là encore sous les applaudissements de l'Assemblée, par la mention que « le tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de districts, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le tribunal de cassation, il faudrait le détruire. [...] Ce n'est pas l'apposition d'une nouvelle moitié de tribunal à l'ancienne qui sera le régulateur de la Cour de cassation ; ce régulateur sera le Corps législatif, seul et véritable interprète de la loi »⁵. In fine, il est décidé que le Tribunal de cassation soit renouvelé en totalité tous les quatre ans, les juges pouvant être réélus⁶. S'agissant du contrôle de l'application des lois, il est assez intéressant de constater que des critiques se sont élevées et allaient dans le sens d'un déficit de légitimité⁷ des juges à écarter la norme législative, dans la mesure où un organe non élu aurait ainsi la capacité d'écarter la norme issue de la représentation démocratique⁸.

¹ *Op. cit.*, p.516.

² M. Le Pelletier de Saint-Fargeau estime que son « *opinion est de faire renouveler le tribunal de cassation par moitié tous les deux ans : plus une autorité est importante, moins sa durée doit être étendue* ».

³ Monsieur Barnave estime en effet qu'un renouvellement par moitié permet aux juges en place d'expliquer aux suivants le sens de leurs décisions. Il mentionne que « *pour empêcher l'esprit de corps, il suffit que le renouvellement se fasse de manière que les juges anciens n'aient pas une majorité absolue et ne puissent exercer une sorte de despotisme sur les nouveaux. [...] C'est pour le prévenir que je ne veux pas que les mêmes juges restent si longtemps ensemble, mais que tous les deux ans la moitié du tribunal soit renouvelée* ».

⁴ Un tel positionnement est validé lorsque les articles 1^{er}, 2, 3, 4 sont décrétés le 20 novembre 1790, V. *op. cit.*, p.554.

⁵ *Op. cit.*, p.517.

⁶ C'est ainsi un décret comprenant 6 articles portant sur le tribunal de cassation qui est adopté. Les débats concernaient aussi les conditions de recevabilité des requêtes, l'organe chargé de les examiner, les modalités des prises de décisions dudit organe, sous l'empire de la volonté préciter de restreindre au maximum les pouvoirs du juge de cassation et de le soumettre au mieux à la norme législative. V. *op. cit.*, p.519 pour la formulation exacte des 6 articles.

⁷ Sur cette idée de légitimité, V. P. BELTRAME, « L'utilisation de l'idée de légitimité dans la vie politique française depuis le XVI^{ème} siècle », in *Études offertes à André AUDINET*, PUF, 1968, p.251. L'auteur mentionne, et cela va dans le sens des propos précédents, que « *les tenants de la doctrine classique ont pu présenter la légitimité comme essentiellement protectrice de l'ordre établi alors qu'historiquement elle apparaît comme une arme idéologique ou un alibi politique visant soit à abolir l'ordre légal existant, soit à justifier sa modification* » (p. 287).

⁸ Le Professeur DELVOLVÉ souligne par exemple que le contrôle de l'application des lois tel qu'il est exercé dans la décision *Gonzalez Gomez* « *substitue le juge au législateur* », et qu'il s'agit non seulement d'une « *confusion du pouvoir législatif et du pouvoir juridictionnel* » mais aussi « *du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif* », V. P. DELVOLVÉ, « Droit subjectifs contre interdit législatif », CE Ass., 31/05/2016, n°396848, RFDA 2016, p.754. Le Professeur GAUTIER évoque quant à lui une « tyrannie » des juges supranationaux et des autorités

Preuve que certaines craintes sont persistantes. On objectera donc – dans le cadre de ce seul développement – cet argument : l'idéologie révolutionnaire avait opté pour la voie de l'élection, non pour renforcer la légitimité judiciaire mais pour en limiter au maximum l'influence et endiguer l'esprit de corps¹. Le critère de la « légitimité populaire » n'est, par conséquent, pas le plus convaincant pour considérer que doit être retirée au juge judiciaire sa capacité à juger de la compatibilité de l'application de la loi aux droits et libertés fondamentaux. D'autant que les dérives de la voie électorale sont à prendre en considération, et d'ailleurs parfois dénoncées lorsque l'on évoque le droit américain². Sans détailler les évolutions depuis 1790 jusqu'à nos jours, il apparaît que la crainte des arrêts de règlement puisse être aujourd'hui nuancée, du moins quant à leur fonction.

277. L'intérêt d'une inspiration des arrêts de règlement. L'intérêt de permettre à la Cour de cassation de se prononcer par la voie de l'arrêt de règlement a été démontré s'agissant de l'interprétation des lois. Ainsi, le Professeur AUDINET estimait dès les années 1960, par exemple, que « *ces avantages découleraient de la stabilité et de la certitude du droit qui en seraient la conséquence. Bien des procès seraient évités, car on saurait exactement à l'avance à quoi s'en tenir, ne pouvant espérer qu'un éventuel revirement de la Cour de cassation ou une dissidence des Cours d'appel et des tribunaux. Les conseils des parties pourraient leur donner des avis sûrs et décisifs. Si le procès était engagé, il serait rapidement terminé, un pourvoi en cassation étant a priori et d'une manière certaine voué à l'échec. Le rôle de la Cour de*

administratives indépendantes, P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p.55. V. aussi, F. ROUVIÈRE, « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD civ.* 2022, p.504. La question sera évoquée au titre de la crainte de l'émergence d'un nouveau gouvernement des juges, V. *infra* §278.

¹ V. J. POUMARÈDE, « L'élection des juges en débat sous la III^{ème} république », in J. KRYNEN, *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, collection Droit et justice, 1999, p.113. La voie du concours a d'ailleurs été privilégiée depuis le décret Sarrien du 18 août 1906, ce qui fait soutenir à l'auteur qu'« *après avoir été républicanisée au forceps, la magistrature s'engageait sur la voie d'une lente démocratisation* ». V. aussi, G. MÉTAIRIE, « L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre révolutions et monarchies (1789-1814) », in J. KRYNEN, *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, collection Droit et justice, 1999, p.21.

² V. L. MAYALI, « La sélection des juges aux États-Unis », in J. KRYNEN, *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, collection Droit et justice, 1999, p.253. Il évoque qu'en réalité, les américains s'intéressent assez peu à l'élection des juges : il s'agit davantage un symbole de démocratie auquel ils sont attachés qu'un réel enjeu électif. L'auteur cite d'ailleurs le sénateur Hatch, membre puis président de la commission judiciaire au Sénat, qui énonce que « *les juges fédéraux ne sont pas des politiciens et ne doivent pas être considérés comme des politiciens. Quand nous décidons d'évaluer un juge en fonction de critères politiques et non juridiques, nous dépouillons la fonction judiciaire de tout ce qui en fait un pouvoir distinct et indépendant. Je souhaiterais demander aux Américains s'ils désirent voir leur vie, leur liberté et leurs biens dépendre de la décision de juges qui sont principalement soucieux des titres des journaux du lendemain ou de ce qui pourrait être dit lors de leur future nomination. Ceci est une nouvelle menace pour l'indépendance et l'intégrité du pouvoir judiciaire fédéral* » (V. spéc. p.274).

cassation en serait désencombré. Le temps et l'argent des plaideurs en seraient économisés »¹. Son idée était d'ailleurs bien évidemment de les limiter à la Cour de cassation, et de lui permettre de statuer en chambre solennelle pour ce faire². Il en conclut, et nous adhérons à l'analyse, que « donner à la Cour de cassation la faculté de rendre des arrêts de règlement dans les conditions que nous avons cherché à préciser serait rehausser encore son prestige et par là-même celui du corps judiciaire tout entier, qui serait non plus une simple autorité mais le troisième pouvoir prévu par Montesquieu³ et équilibrant les deux autres dans l'intérêt des justiciables ». Certes, le propos tenait ici à des arrêts rendus pour interpréter la règle de droit. Mais en réalité, le raisonnement est exactement similaire lorsqu'il va s'agir d'écarter la norme. En effet, appliquée au contrôle de conventionnalité, qu'il concerne le contenu de la norme ou son application, l'idée demeure intéressante. Certes, « l'arrêt de règlement », au sens pré-révolutionnaire du terme, aurait vocation à s'appliquer plutôt au contrôle du contenu qu'au contrôle de l'application, de prime abord⁴. Nous verrons cependant que permettre à la Cour de cassation de donner davantage d'autorité aux décisions dans lesquelles elle pratique un contrôle de la loi présente un intérêt similaire, sans aller dans la présente thèse soutenir une réelle résurgence des arrêts de règlement⁵. L'idée est de valoriser la voie procédurale qui s'en rapproche le plus, à savoir celle de la saisine pour avis⁶. C'est d'ailleurs ce qui justifiera la proposition de la création d'une saisine pour avis en conventionnalité dissociée de l'avis en interprétation⁷. Cela entre en adéquation avec l'évolution du rôle et de la perception du juge judiciaire qui peut être constatée.

¹ A. AUDINET, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, Brière, 1967, p.105.

² *Ibid.*, p.106.

³ Nous ajoutons, d'ailleurs explicitement mentionné dans la Constitution de 1791.

⁴ Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à affirmer, s'agissant des juridictions supranationales, que « la qualification d'arrêt de règlement est pleinement méritée car les arrêts de la CEDH ne sont plus compris comme s'imposant aux parties par l'autorité de la chose jugée mais comme s'imposant à tous par l'autorité de la chose interprétée », V. F. ROUVIÈRE, « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD civ.* 2022, p.504.

⁵ Nous adhérons quoi qu'il en soit à la conclusion du Professeur AUDINET, qui soutient : « Y aurait-il à craindre que les membres de cette Cour suprême retombent dans les abus reprochés à nos anciens Parlements ? Nous ne le pensons pas », V. A. AUDINET, art. préc., p.107.

⁶ Le Doyen CARBONNIER estimait à juste titre que les réformes ayant institué les saisines pour avis « sont venues conférer au Conseil d'État, puis à la Cour de cassation des missions de politique jurisprudentielle qui ne sont pas sans évoquer les arrêts de règlement. [...] Leur rôle est ici purement consultatif, en quoi la prohibition de l'article 5 est littéralement respectée. Ce n'est qu'un avis qui est émis, non un règlement, et en droit, il ne s'impose pas aux tribunaux. Seulement, en fait, on peut prévoir que, publié, il sera largement suivi et qu'ainsi la jurisprudence se formera plus vite, sans attendre que se soient multipliées les décisions erronées et les procédures tendant à les redresser », V. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, p.59. Pour une appréciation similaire, à l'aune de récents avis rendus par la Cour de cassation, et à laquelle nous adhérons sans réserve, V. P. DEUMIER, « La saisine pour avis : fixer la jurisprudence en amont ? », *Plén.*, n°19-70.010 et n°19-70.011, *D.* 2019, p.1622.

⁷ V. *infra* §418, et surtout, §435 et §436.

B/ Le contrôle de la loi, élément de renouvellement démocratique

278. Le dépassement de « l'autorité judiciaire ». Le contrôle de conventionnalité, qu'il porte sur le contenu ou l'application de la loi, doit impliquer de dépasser la méfiance envers le juge judiciaire, et de considérer qu'il est un véritable pouvoir, à part entière, au même titre que le pouvoir législatif ou exécutif. Selon le Professeur TROPER, « l'expression « pouvoir judiciaire » a dans la langue juridique deux sens principaux : un sens fonctionnel, « l'ensemble des actes par lesquels sont jugés les procès », et un sens organique « un ensemble de tribunaux présentant certaines propriétés structurelles ». *La thèse de l'absence de pouvoir judiciaire se décompose en deux : il n'y a pas de pouvoir judiciaire au sens organique ; les juges exercent une fonction qui ne leur confère pas un véritable pouvoir. De plus en plus fréquemment, lorsque ces deux arguments échouent on a recours à un troisième : il peut y avoir un pouvoir judiciaire, mais la démocratie n'est pas ce qu'un vain peuple pense. Elle ne saurait être identifiée vulgairement au pouvoir de la majorité. La véritable démocratie, c'est le pouvoir judiciaire »*¹. Dans l'esprit des révolutionnaires, le « pouvoir » judiciaire ne saurait exister dans la mesure où le juge, au travers du syllogisme, ne fait qu'appliquer la loi². Au regard du contrôle de la compatibilité de la loi, cette vision semble dépassée³. Certes, il s'agit pour le juge d'appliquer un texte, contenant un droit fondamental, mais le raisonnement du juge ne peut désormais en la matière être assimilé au syllogisme juridique, mais à un contrôle de proportionnalité, qui ne découle plus de l'application de la norme⁴. La possibilité de créer, ou d'écarter la règle de droit

¹ M. TROPER, « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 2, Bruylant, 2004, p.1572. V. dans un sens similaire d'une distinction entre « pouvoir » judiciaire et « autorité » judiciaire, distingués en fonction l'incapacité ou non du juge à créer des règles de droit, C. GUARNERI, P. PEDERZOLI, *La puissance de juger*, Michalon, 1996, p.146 et suiv. ; M. CAPELLETI, *Le pouvoir des juges*, PUAM, 1990, p.46.

² Ainsi, « le pouvoir judiciaire, ce que l'on appelle improprement le pouvoir judiciaire, est l'application de la loi ou volonté générale à un fait particulier, ce n'est donc en dernière analyse que l'exécution de la loi » (CLERMONT-TONNERRE, A P t.15 p.425, cité dans l'article, p.1576). Le Professeur TROPER en déduit qu'« il ressort aussi clairement de cette formule que si le jugement n'est que produit d'un syllogisme, il n'y a pas de pouvoir judiciaire ».

³ Pour une analyse intéressante de la relation ambivalente entre l'autorité du juge et son pouvoir d'interprétation, V. F. MALHIÈRE, « L'autorité du juge à l'épreuve (du refus) de son pouvoir d'interprétation », *Les cahiers de la justice* 2020, p.633. Pour une approche de la notion de pouvoir, et la prise de conscience du juge de sa capacité à l'exercer, v. D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, L.G.D.J., 1994, p.168 et suiv.

⁴ Nous adhérons à l'analyse de l'auteur précité, qui mentionne que « cette théorie du syllogisme n'est nullement satisfaisante. Elle se présente comme une simple norme technique : pour assurer le règne de la loi, il faut réduire le juge à la production de syllogismes. Cette norme technique est elle-même la traduction d'une proposition qui décrit la relation causale : si le juge se limite à la production de syllogismes, cela aura pour conséquence le règne exclusif de la loi », loc. cit., p.1577.

n'incombe ainsi plus au seul organe politique¹ : les juridictions ont un pouvoir similaire, qui leur permet de protéger le justiciable qui en formule la demande des ingérences excessives dans ses droits causées par ses représentants. Toutefois, il ne faut pas occulter l'existence d'une forme de consentement du pouvoir politique au contrôle des règles de droit qu'il génère. En effet, la seule signature des traités, couplée à l'article 55 de la Constitution, implique pour l'autorité élue la conscience d'une soumission de son ordre juridique interne à un ordre juridique supranational. Le juge judiciaire est donc par ce biais l'organe qui assure l'effectivité d'une volonté politique initiale révérencielle. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est d'ailleurs particulièrement illustratif de cette idée, notamment au regard des Protocoles 15 et 16 par la France. En effet, le pouvoir politique français consent, par leur ratification, non seulement à confier davantage de pouvoir aux juges interne de la conventionnalité, mais aussi à affirmer le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Le caractère démocratique du contrôle du contenu et de l'application de la loi apparaît ainsi en amont de la décision du juge, ce dernier n'étant d'ailleurs pas soumis aux instabilités politiques qu'une élection génère. Le Professeur TROPER poursuit, et le raisonnement est applicable au sujet qui nous occupe, en mentionnant que *« tout est dans les définitions, mais une chose est claire : si l'on s'en tient à la définition classique de la démocratie (un système dans lequel dans lequel le pouvoir est exercé exclusivement au moyen de règles générales adoptées par le peuple lui-même ou ses représentants élus), le gouvernement sous lequel nous vivons n'en est pas une, puisqu'un très grand nombre de règles générales sont créées par des juges, qui ne sont pas des représentants élus »*². Non seulement des règles générales sont créés, mais des règles de droit écrit peuvent aussi être écartées : en ce sens, certes, apparaît une forme de « gouvernement des juges »³, sans qu'une telle acception n'ait nécessairement une dimension négative. Cela implique pour le législateur de prendre lui-même les mesures nécessaires à l'admission d'un tel changement de paradigme, qui ne peut désormais plus résulter seulement de la jurisprudence

¹ Le Professeur ROUVIÈRE, cite H. KELSEN à ce propos à juste titre : *« En vérité, tout avait déjà été dit explicitement par Kelsen : annuler une loi, c'est légiférer. Une cour constitutionnelle »* n'est pas un juge qui gouverne mais un second législateur ». Il s'agit d'une « législation négative » selon Kelsen, c'est-à-dire qui procède par voie d'annulation », V. F. ROUVIÈRE, « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD civ.* 2022, p.504.

² M. TROPER, *loc. cit.*, p.1585 et p.1586.

³ Le Professeur ROUVIÈRE conclut ainsi *« si ce nouveau gouvernement des juges a pu se développer, c'est qu'il semble opérer sur la confusion que produit l'idée de pouvoir normatif. Le juge est un organe qui produit des normes à l'instar du Parlement, de l'exécutif ou des autorités administratives indépendantes. Le juge a bien un pouvoir normatif, sauf que celui-ci est censé être limité par les textes votés : le pouvoir est délégué dans ce cadre. Le vieux problème de l'arbitraire se présente en définitive sous un jour nouveau. Détenir un pouvoir n'est pas pouvoir tout faire. Le flou qui existe pointe le déficit d'une attention plus systématique aux rapports entre droit et politique dont le nouveau gouvernement des juges constitue le symptôme le plus saillant »*, V. F. ROUVIÈRE, « Le nouveau gouvernement des juges », *ibid.* V. aussi, pour rappel, P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p.55.

du Conseil constitutionnel et des organes politiques chargés de la ratification des Traités. Cet aspect rend d'autant plus nécessaire une prise en compte textuelle de la capacité du juge judiciaire à contrôler la conventionnalité des lois, en accord avec le protocole 15, suivant les propositions formulées à l'issue du travail de thèse.

279. La confiance dans la figure du juge. L'admission textuelle de la capacité pour le juge judiciaire de contrôler la norme implique nécessairement de changer la vision du juge, notamment comparativement à celle qui avait inspiré l'interdiction actuelle pour la Cour de cassation de juger en faits. On citera le Professeur BONNECASE, qui évoquait dès 1933 qu'« *il faut une bonne fois se convaincre que les juges n'ont pas pour but caché d'ignorer la loi, de la battre en brèche et de se substituer à elle. Les plus progressifs d'entre eux la respectent plus qu'on ne le pense. Mais ils n'entendent pas la respecter au-delà de sa portée réelle. Ils savent que la loi n'est pas la seule voix de la justice, et qu'à côté de la loi il y a d'autres sources aussi impératives qu'elle. Lorsqu'on leur demande, au nom d'une logique savante, d'une pseudo science, de consacrer une iniquité, une décision contraire au bon sens, ils disent : non. Et ils ont raison. Pour le progrès des hommes, l'équité n'est pas encore morte¹. Autre chose est faire du Droit, autre chose de rendre la justice. Entre l'un et l'autre, la distance est parfois infinie. Que la jurisprudence ait renoué la tradition historique, c'est un fait que nous considérons comme définitivement acquis. Et, par-là, la légitimité de son intervention est justifiée en principe. Mais il n'est peut-être pas inutile de rechercher si, étant données les contingences particulières de notre époque, son œuvre ne s'impose pas à un degré plus net encore, et si elle ne trouve pas une justification complémentaire dans nos conditions actuelles de vie politique* »². La citation convainc d'autant plus à l'aune du contrôle de conventionnalité, les « contingences de notre époque » actuelle étant propices à un tel raisonnement. Appliqué à l'affaire *Gonzales Gomez*, ou encore à l'arrêt du 4 décembre 2013, une telle logique peut faire sens. Les droits fondamentaux sont ainsi un outil au service d'un juge judiciaire soucieux de satisfaire un idéal de justice³, sans toutefois s'écarter du texte de manière abusive et injustifiée⁴.

¹ Les aspects qui concernent l'équité seront développés *infra*.

² J. BONNECASE, *La pensée juridique française, De 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels (Tome II)*, Delmas éditeur Bordeaux, 1933, p.181 et suiv.

³ Cet aspect sera développé *infra*, lorsqu'il s'agira d'étudier les liens qu'entretiennent équité et contrôle de conventionnalité, V. §295 et suiv. de la thèse.

⁴ Les propos du Professeur MARGUÉNAUD, sont assez évocateur de cette idée. Il estime en effet que « *dans les affaires Mennesson et Labassée, l'intérêt supérieur de l'enfant, revalorisé au grand dam de celles et de ceux qui le jettent allègrement par-dessus bord pour assouvir leur soif de règles et d'interdictions abstraites indifférentes à la cruauté de leur application concrète, est un intérêt qui se manifeste une fois qu'il a pu venir vivre avec ses parents d'intention sur le territoire d'un État où, par hypothèse, la gestation pour autrui est encore interdite* », V.

Le Professeur DABIN estimait d'ailleurs dès 1952 que « *jamais en effet la règle de droit n'abolit ou ne supprime la justice, parce que c'est la justice qui confère la légitimité à la règle de droit* »¹. Conférer ce pouvoir au juge, sans faire preuve d'un « romantisme » judiciaire excessif², nécessite toutefois de l'estimer en capacité de l'exercer, et de lui offrir les outils pour le faire. D'autant qu'un pouvoir modérateur lui est, quoi qu'il en soit, consacré, même lorsqu'il s'agit d'interpréter la règle de droit.

280. Le pouvoir modérateur du juge judiciaire. Il s'agit ici simplement de constater l'existence d'un pouvoir modérateur qu'exerce le juge judiciaire, plus particulièrement lorsqu'il interprète la règle de droit, voire le contrat. On citera la thèse de Monsieur Jérôme FISCHER, qui définit, reprenant les termes du Doyen CORNU³, le pouvoir modérateur comme ayant « *pour objet une atténuation de la rigueur d'une règle de droit, dans son application à un cas particulier* », et « *une intervention éclair dans le jeu normal de la règle de droit* » ayant pour objet de « *faire fléchir la rigueur d'un principe dans les cas où l'application pure et simple du principe aurait des conséquences excessives* »⁴. Après en avoir examiné le domaine, c'est-à-dire la prévention des conséquences manifestement excessives provoquées par la règle de droit⁵, il en conclut finalement que « *la faculté judiciaire de modération doit être expressément législative, quand le pouvoir modérateur, prévu par les textes ou dégagé par la jurisprudence, obéit à l'instinct des juges, ces prudents courageux* »⁶. Il propose ainsi la création ambitieuse d'un article 4-1 du Code civil, qui disposerait : « *le juge peut, à la demande d'une partie,*

J.-P. MARGUÉNAUD, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », CEDH 5^e sect., *RTD civ.* 2014, p.835.

¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p.46.

² Pour un très bel article concernant les valeurs du métier de magistrat dans l'œuvre de justice, V. J.-Ph. PIERRON, « Le poids de l'expérience. Les valeurs du métier de magistrat dans l'œuvre de justice », *Les cahiers de la justice*, 2022, p.87. L'auteur achève son propos en mentionnant que « *les témoignages des magistrats en retraite de ce point de vue sont importants : ils osent parfois exprimer combien, il y a dans leur activité une passion du réel qui va au-delà d'avoir fait son métier correctement. [...] Dans le service de la justice quelque chose d'humain, de très humain qui en fait le mystère, a pu être approché* ».

³ V. G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, éditions Panthéon-Assas, 2017. Il s'agit d'une reproduction de cours de doctorat professés en 1971.

⁴ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p.25. À noter que l'auteur la distingue de la modulation judiciaire, qui quant à elle justifie « *d'écarter la règle de droit dès qu'elle aboutit à une solution qui n'est pas parfaitement équitable*. [Contrairement à l'interprétation téléologique], *la modulation n'affecte pas le sens de la règle de droit ; elle permet simplement au juge d'y déroger quand les effets de la règle ne seraient pas exactement proportionnés à la finalité qu'elle poursuit* » (*op.cit.*, p.30). Dans le cas de la modération, la disproportion est ainsi manifeste, contrairement à la modulation. L'auteur estime d'ailleurs que la Cour européenne exerce davantage un pouvoir de modulation que de modération (V. p.31).

⁵ *Op. cit.*, p.135 et suiv., pour ce qui intéresse la présente étude. Elle concerne ainsi la modération des conséquences manifestement excessives du droit processuel, mais aussi celle des règles de fond. La modération se traduit aussi par la correction du comportement manifestement excessif du justiciable.

⁶ *Op. cit.*, p.402.

déroger à la règle de droit, lorsque son application stricte provoquerait des conséquences excessives ». Une telle proposition implique de considérer le juge comme étant une source de droit aussi légitime que la loi, et s'inspire, tout comme le contrôle de conventionnalité, des logiques démocratiques des pays de *common law*.

II. L'inspiration des démocraties des pays de *common law*

281. Les limites d'une comparaison. L'objectif n'est ici pas de réellement comparer les différents droits. Comme le soulignent les Professeurs LEGRAND et SAMUEL, l'idée même de systématisation est propre au droit continental et est inconnue des pays de *common law*. Ce sont ainsi deux philosophies, deux regards sur l'appréhension des règles radicalement différentes. Ce serait alors dénaturer l'un que de vouloir systématiser l'autre. D'autant qu'à partir du moment où l'étude est rédigée par un jeune chercheur français, « *l'idée d'une représentation qui, rigoureusement, dupliquerait le droit étranger sans qu'aucune distorsion ne vienne s'insérer dans le processus de reprise [...] relève de l'illusion* »¹. L'objectif du présent développement ne sera donc pas de transposer les différents droits évoqués au droit français – plus spécifiquement au contrôle de conventionnalité pratiqué par le juge judiciaire – mais plutôt de tenter d'identifier des logiques similaires dans chacun d'eux, en vue d'approfondir la réflexion d'un point de vue purement interne. Il ne s'agit donc pas de prétendre à une « reprise », ou encore d'effectuer de strictes comparaisons et transpositions², mais de tenter d'examiner une forme l'intégration des logiques juridictionnelles et démocratiques des principaux pays de *common law*. Cela nous permettra, par la suite, d'en évoquer les encadrements, notamment en ce qui concerne l'évocation des précédents jurisprudentiels. La Cour européenne des droits de l'homme tirant en partie sa logique décisionnelle des pays de

¹ V. P. LEGRAND, G. SAMUEL, *Introduction au common law*, La découverte, Repères, 7ème édition, 2010, p.6 et suiv. Les auteurs soulignent que l'utilisation même d'un vocabulaire issu du droit français peut conduire à des déformations : ce serait par exemple le cas si l'on souhaiter parler de « système » de *common law*.

² Comme le souligne la Professeure FERRAND, « *le regard porté sur le droit étranger doit permettre d'interroger nos modèles nationaux et nos pratiques. On ne saurait trop souligner que ce qui fonctionne bien dans pays peut se révéler un échec dans un autre, tant sont en cause des schémas d'ensemble, des équilibres subtils, des traditions juridiques et culturelles. L'analyse de droit comparé est donc destinée à ouvrir la voie à d'autres possibles, mais toujours « acculturés » en fonction du « biotope* » [...] ». V. F. FERRAND, « La juridiction suprême en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.147, spéc. p.149 et p.150.

*common law*¹, le contrôle de conventionnalité exercé en France en est ainsi nécessairement issu (A). Il est donc illustratif d'une mixité résiduelle du système français (B).

A/ Un contrôle de la loi issu de logiques démocratiques étrangères

282. Une origine commune. Schématiquement, il apparaît que le droit des pays de *common law* ait une origine commune aux pays ayant opté pour un droit écrit. Comme le souligne le Professeur LAMBERT, « *la common law anglaise et le droit civil français ne sont que deux faces progressivement différenciées d'un même système juridique commun à la chrétienté médiévale. La raison de cette différenciation n'est certainement pas d'ordre sociologique, car les deux sociétés n'ont pas été séparées par des évolutions divergentes. Du point de vue des modes de vie et des modes de production, comme du point de vue des structures sociales et des idéologies, les deux sociétés se sont trouvées presque simultanément en face des mêmes situations et leur ont appliqué des solutions analogues* »². Les objectifs poursuivis par chacun des droits sont ainsi similaires : apporter des garanties au citoyen d'une résolution étatique des conflits qui l'oppose aux autres individus ou à une autorité administrative. Dans un cas, le pouvoir est essentiellement confié au juge, dans l'autre il est confié au législateur, mais l'objectif est similaire. L'intégration du contrôle de conventionnalité, inspiré du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, suit ainsi une logique démocratique irriguée de cet état d'esprit. La règle de droit née d'une décision judiciaire n'en est ainsi pas moins une garantie démocratique que lorsqu'elle est issue de la représentation populaire.

283. Un rapport différent à la norme législative. En France, le rapport à la loi est différent de celui qui prévaut dans les pays anglosaxons. Ainsi, « *la règle en France est moins censée reproduire la régularité des comportements qu'exprimer un devoir-être idéal. La loi s'assimile à quelque chose de transcendant alors que, dans l'univers de la common law, le droit s'apparente plutôt à une règle du jeu. Serait-ce sous l'influence de l'église catholique ? Le fait est que l'on retrouve dans tous les pays latins ce même trait culturel qui demande au*

¹ Pour une bonne analyse de la légitimation de la jurisprudence européenne par le biais de la motivation de ses décisions, sous l'angle des « cours souveraines », V. M. COHEN, « Les cours souveraines et leur nouveau public », *Les cahiers de la justice* 2014, p.187.

² J. LAMBERT, « Le rôle de l'enseignement dans la différenciation du système juridique de *common law* et du système juridique de droit civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.295. V. aussi, J. THEILLARD, « *Common Law et Roman Law* », in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, Brière, 1967, p.781 ; W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, L.G.D.J., 4^{ème} édition, 1965, p.421.

droit de dire comment les choses devraient se passer dans l'idéal en même temps que lui est déniée toute capacité à réguler la vie collective. En France, la loi fait l'objet d'une sorte de religion laïque. Il n'est pas trop fort de dire que, pour les français, c'est la loi qui est pourvoyeuse d'identité ». C'est, comme nous l'avons mentionné, ce qui justifie les réticences d'une remise en question de la norme législative par le juge judiciaire. On ne saurait, au regard de la logique précitée, considérer que la seule action du juge pour contrôler la loi est illégitime. Les craintes se sont accrues lorsque le contrôle de l'application de la norme a été explicitement consacré : comment une situation factuelle pourrait-elle impliquer d'écarter la règle de droit écrit ? En réalité, tout est question de point de vue : en France, le droit ne naît en principe que de la loi, alors qu'ailleurs, il peut naître du fait.

284. La logique de la « *ratio decidendi* ». Dans les pays de *common law*, « *le jugement d'un cas ne résulte pas du droit, [...] c'est au contraire le droit qui résulte du jugement d'un cas* »¹. La logique dans la création de la règle de droit est différente, et repose sur la finesse du juge chargé de sa création. En effet, « *le processus judiciaire de la common law dépend de façon décisive d'une argumentation conforme aux principes de la raison. Le système de common law est souple et flexible ; la libre considération et appréciation des faits et des règles y joue un rôle important* »². Appliqué au contrôle de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux, il s'agirait ainsi pour le juge d'écarter la règle de droit, soit parce que son contenu, soit parce que son application est contraire à un droit fondamental : l'appréciation des faits est donc centrale dans le second cas, et dans les deux le constat de son incompatibilité résulte tout autant d'une argumentation « conforme aux principes de la raison », qui tire sa légitimité de son explicitation. Cela justifiera la motivation enrichie appelée de nos vœux *infra*, déjà très largement admise par la Cour de cassation. L'introduction de logiques de droit étranger, par l'utilisation du contrôle de conventionnalité tel qu'il est pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme, a ainsi accéléré la mutation du système français qui est désormais empreint d'une forme de mixité qui n'est pas réellement assumée, du moins textuellement.

¹ I. TAMMELO, « La « *ratio decidendi* » et la règle de droit », in Ch. PERELMAN (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p.125.

² *Ibid.*, p.130. D'ailleurs, le système de preuve en droit français diffère profondément de celui des pays de *common law*, dans la mesure où il relève presque du domaine public, ce qui témoigne de cette différence de logique, V. A. GARAPON, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, p.171.

B/ Un contrôle de la loi illustratif d'une mixité du système français

285. L'inspiration du droit anglais. Une étude très approfondie serait nécessaire pour étudier le droit anglais dans la mesure où pour mieux en appréhender les contours, il faudrait d'abord étudier l'histoire du droit anglais¹, de ses institutions², des rapports entre ses différentes sources en vue de mieux comprendre la place qu'y occupe le juge au regard de la loi. Sans pouvoir y consacrer des développements approfondis, il sera tout de même évoqué dans la mesure où il inspire la plupart des pays de *common law*. On résumera de façon très schématique³, en mentionnant qu'en droit anglais, la jurisprudence prend une place bien plus importante qu'en droit français⁴ : le rapport à la norme législative est ainsi considérablement différent⁵. Le juge n'a donc pas le pouvoir d'écarter le précédent qui s'impose à lui. La légitimité des règles tient donc ici en grande partie à la confiance que les justiciables accordent au procès et à ses acteurs, d'autant qu'ils peuvent compter sur certaines garanties lorsque la règle jurisprudentielle est établie⁶. D'abord, la règle posée n'est pas adoptée théoriquement, elle

¹ Sans détailler, tant il y a dire, on se référera aux ouvrages d'auteurs qui maîtrisent davantage la question. V. G. CUBERTINI, *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2011, p.73 et suiv. ; D. FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Ellipses, 3^{ème} édition, 2005, p.51 et suiv. ; SÉROUSSI (Roland), *Introduction aux droits anglais et américains*, Dunod, 5^{ème} édition, 2011, p.5 et suiv. ; LEGRAND (Pierre), SAMUEL (Geoffrey), *Introduction au common law*, La découverte, Repères, 7^{ème} édition, 2010, p.25 et suiv.

² De même, V. sur ces questions, G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p.85 ; D. FRISON, *op. cit.*, p.83 ; R. SÉROUSSI, *op. cit.*, p.19.

³ L'approche est certes peu académique, mais l'étude comparatiste nécessite une véritable formation, des méthodes précises, dont on assumera qu'elles ne soient pas ici appliquées dans la mesure où ce n'est pas l'objet principal de la thèse.

⁴ Cela découle de la construction historique du droit anglais. En effet, les juges royaux, après la conquête Guillaume, ont dû unifier les différentes coutumes par leur jurisprudence. Cela a engendré la nécessité d'avoir une jurisprudence uniforme, et d'être une véritable source du droit et de respecter l'égalité entre les justiciables. Le précédent est donc l'outil idoine pour assurer une prévisibilité et asseoir son autorité. V. G. CUBERTINI, *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2011, p.79 et suiv.

⁵ L'affirmation est à nuancer dans la mesure où le législateur anglais intervient de plus en plus et les lois produites sont de plus en plus longues. Et ce d'autant plus avec l'adhésion aux institutions européennes, même si l'influence de ces dernières sera probablement davantage limitée avec le Brexit. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence reste inférieure hiérarchiquement à la loi, et le juge anglais n'a pas vocation à la concurrencer. Mais c'est la source naturelle du droit anglais, et la loi reste l'exception, que ce soit historiquement ou conceptuellement. Cette conception de la répartition du "pouvoir normatif" se ressent dans la rédaction des textes : les lois sont très précises, définissent leur champ d'application de manière claire en laissant le soin au droit jurisprudentiel existant de régir le reste. Le législateur anglais peut donc intervenir pour contrecarrer une règle jurisprudentielle préexistante, mais cette dernière continuera de s'appliquer dans tous les autres cas non explicitement mentionnés par le texte. Le législateur n'intervient donc bien qu'à titre d'exception aux règles jurisprudentielles précédemment posées. Cela se ressent d'autant plus qu'en cas d'abrogation de la loi, c'est la règle jurisprudentiellement posée auparavant qui ressurgit pour s'appliquer. Les deux corps de règles ont donc vocation à se compléter, la loi supplantant certes la jurisprudence lorsqu'elle est promulguée, mais n'en supprimant pas définitivement les solutions. Cela n'empêche pas non plus qu'il puisse exister une certaine adéquation entre la norme écrite et la norme d'origine jurisprudentielle : dans ces cas, la disparition du texte d'origine législative n'impliquera pas de changement puisque le contenu des règles posées par la jurisprudence qui auront vocation à s'appliquer à nouveau est analogue. V. CUNIBERTI, *op. cit.*, p.97 et suiv.

⁶ Sur ces aspects, V. CUNIBERTI, p.99 et suiv.

l'est au regard des conséquences pratiques directes que son édicton aura. Tellement bien qu'il n'y aura pas d'écart entre le contenu de la règle et son application, puisque c'est précisément de cette dernière que la règle posée tient son origine. On peut donc vérifier directement qu'une solution théoriquement acceptable dans toutes les situations l'est aussi directement dans un cas particulier. La multitude de cas particuliers où la règle est acceptée l'élève donc et en fait un principe quasi intangible, juridiquement sécurisé. *A contrario*, si dans un cas la règle posée dans les précédents ne peut s'appliquer, le juge en énoncera une autre qui aura vocation à s'appliquer dans ce type de cas, créant ainsi une nouvelle norme plus spécifiquement adaptée. Ensuite, le procès, surtout lorsqu'il est teinté d'une procédure accusatoire, est supposé garantir une pluralité d'argumentations allant dans un sens ou dans l'autre : la règle qui sera posée à l'issue des débats aura donc vocation à avoir été pleinement débattue, soupesée et analysée, avec un véritable contre-pouvoir qui aura permis à l'organe producteur de norme – à savoir le juge – d'avoir bien pris la mesure des conséquences et enjeux de la norme qu'il va édicter. La production anglaise de normes s'effectue dans le respect du contradictoire : autrement dit, une norme est supposée être légitimée à partir du moment où elle a fait l'objet d'un débat approfondi dans lequel les avantages et inconvénients auront été nettement soupesés¹. La logique peut demeurer inspirante, dans la mesure où le contrôle de conventionnalité pratiqué par le juge judiciaire traduit la possibilité pour lui d'être un organe qui influe sur la norme écrite, en l'écartant soit de manière générale, soit dans un cas particulier. S'agissant du contrôle de l'application des lois, un tel raisonnement est d'autant plus prégnant puisque c'est une multitude de cas particuliers qui vont permettre de progressivement distinguer les cas dans les cas dans lesquels la norme sera écartée de ceux dans lesquels elle continuera à s'appliquer. La logique est assez proche en droit américain.

286. L'inspiration du droit américain. Le droit américain diffère du droit anglais, pour des raisons historiques évidentes, mais l'inspiration est commune. En effet, il résulte de la construction de plusieurs colonies anglaises, françaises ou encore espagnoles. Dans la mesure

¹ Certaines limites peuvent être constatées. D'abord, le juge anglais considère qu'il ne peut modifier une matière de manière trop générale : il reste le juge du cas particulier, qui ne saurait faire radicalement évoluer une matière entière. Ce pouvoir incombe au pouvoir législatif. En effet, il ne saurait envisager dans le cadre de sa seule affaire les conséquences du changement d'une règle dans une matière donnée qui aurait vocation à s'appliquer dans un très grand nombre de cas qu'il n'aurait pu anticiper, et se refuse donc à toute réforme d'ampleur. Ensuite, malgré les qualités adaptatives du système de *common law*, les juges anglais considèrent qu'ils ne sont que des administrateurs d'un ordre juridique existant. Ils ne peuvent qu'apporter ou retirer une infime pièce de l'édifice préexistant. Toutes les considérations de politiques juridiques générales sont donc réservées au pouvoir législatif dont c'est la fonction. Lorsque la décision relève plus du politique que du juridique, le juge anglais se refuse à la remettre en cause. Cela implique donc un certain conservatisme judiciaire, qui permet néanmoins de garantir une certaine sécurité juridique, à laquelle seul le législateur pourrait porter atteinte.

où elles étaient majoritairement anglaises, l'inspiration de la *Common law* était évidemment présente, et perçue comme une garantie de liberté. Après l'indépendance, le droit anglais est conservé tel qu'il existait en 1789¹. Dans cette mesure, toutes les règles jurisprudentielles posées par le droit anglais s'appliquent. Mais contrairement aux autres colonies, les États-Unis se démarquent en considérant que si la base est celle des pays de *common law*, en ce qui concerne les évolutions ultérieures elles ne dépendront plus des solutions anglaises : les juges construiront leurs propres règles en totale autonomie. D'où la naissance d'un droit original qui n'est pas totalement calqué sur le droit britannique. Cette évolution est favorisée par le fait que le pouvoir judiciaire aux États-Unis est considéré comme un véritable pouvoir par la Constitution, au même titre que le pouvoir exécutif et législatif. C'est ainsi l'un des pays du monde où les juges ont le moins de déficit de légitimité à exercer un pouvoir créateur de norme². La nomination des juges fédéraux suit le modèle de la Cour suprême, posé par la Constitution, pour garantir un certain équilibre des pouvoirs : le président des États-Unis choisit les candidats, qui doivent ensuite être confirmés par le Sénat. En principe, la logique est similaire pour les juges fédéraux inférieurs, mais en pratique c'est l'assentiment du sénateur local qui importe s'il est du même parti que le président. Une fois nommés, ils le sont à vie et ne peuvent quitter leur fonction que s'ils le décident ou bien à leur décès. Rien n'impose qu'ils soient juristes, mais en pratique ils sont le plus souvent issus d'une profession judiciaire. Cette différence de logique explique que les juges aient une légitimité différente de celle des magistrats français. S'en inspirer, s'agissant du contrôle de conventionnalité, pourrait être intéressant dans la mesure où il semble primordial, dans ce type de système, de permettre à l'organe chargé du contrôle de la loi d'avoir davantage de légitimité pour l'exercer. D'autant que la construction se ferait sur la base d'un droit français en mutation, les solutions antérieures étant posées mais construites sur la base d'un socle instable dont les méthodes étaient initialement vacillantes, surtout s'agissant du contrôle de l'application des lois. La Cour de cassation serait ainsi, dans cette logique, la plus à même d'assumer – au moins initialement – la charge de construire les règles de contrôle et de créer les précédents : cela justifiera en partie

¹ Sur l'indépendance et l'entrée en vigueur de la Constitution des États-Unis d'Amérique, V. CUNIBERTI, *op. cit.*, p.136 et suiv.

² V. G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p.146. Il faut toutefois noter la superposition d'un double ordre judiciaire, qui tient en réalité au fédéralisme américain : des juridictions émanent de l'État fédéral, et d'autres émanent des États fédérés. La Constitution institue la Cour suprême, et permet au Congrès d'instituer des juridictions inférieures. On a donc trois degrés de juridiction : les tribunaux de district, ou *district courts*, les cours fédérales d'appel et la Cour suprême. Les États-Unis sont divisés en 94 districts dont le ressort est indépendant des États fédérés.

la proposition de créer une saisine pour avis en conventionnalité¹. Ces inspirations sont illustratives de l'hybridation actuelle du système français.

287. Un système juridique français hybride. Comme le souligne Monsieur le président de chambre WEBER, l'influence croissante des droits de l'homme en France « *confronte notre droit continental à la « common law » souvent considérée comme plus favorable au commerce et à l'activité économique [et] conduit à confronter les mérites des deux systèmes qui se trouvent ainsi en compétition* »². Le double rôle confié à la Cour de cassation, tant d'organe d'uniformisation de l'interprétation de la loi, que de juge chargé d'en assurer le contrôle au regard des droits fondamentaux conventionnels est finalement le reflet de la dualité de deux systèmes aux logiques sensiblement différentes du point de vue de l'articulation des sources du droit. C'est précisément cette mixité qui impliquera, s'agissant du contrôle de conventionnalité, de s'inspirer de certains mécanismes issus des pays de *common law*, en les adaptant au système français. Cela justifiera les propositions formulées *infra*, s'agissant à la fois des méthodes de contrôle que de l'encadrement de ses acteurs. Il ne s'agit donc aucunement d'une substitution de méthodes, mais plutôt d'une adaptation circonstanciée. En effet, il ne faut pas occulter l'idée selon laquelle le contrôle de conventionnalité ne représente qu'une infime part du contentieux, et que si elle implique une évolution des méthodes, notamment du fait de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité, toutes les autres décisions cantonnées au rôle historique que joue la Cour de cassation n'impliquent pas de tels changements³. L'admission de la possibilité pour un juge de remettre en cause le contenu ou l'application des lois est aussi la traduction du renforcement d'un certain idéal de justice.

¹ Et, plus particulièrement, s'agissant d'une formation spéciale de la Cour de cassation saisie pour avis en conventionnalité, v spécialement §440, et dans l'annexe 1 à l'article L441-4-2.

² J.-F. WEBER, « L'accès au juge de cassation et le traitement des pourvois par la Cour de cassation française », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.59, spéc.p.60.

³ Nous adhérons ainsi aux propos de Maître de SALVE de BRUNETON, qui estime qu'« à côté des quelques décisions largement commentées qui conduisent à pronostiquer une évolution de notre droit et du fonctionnement de la Cour de cassation, il en est des milliers d'autres qui, bien que parfois dépourvues d'intérêt doctrinal, démontrent que la Cour régulatrice joue un rôle essentiel dans l'application des lois ou règles jurisprudentielles et le bon fonctionnement de notre système judiciaire ». V. J. de SALVE DE BRUNETON, « Accès au juge de cassation et traitement des affaires, le point de vue d'un avocat aux Conseils », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, p.107, spéc. p.109.

Section 2 : Le renforcement d'un idéal de justice

288. Le contrôle de conventionnalité de la loi est irrigué dans toutes ses dimensions par la satisfaction d'un idéal de justice. Certes, le propos peut sembler excessivement idéaliste, et mettre le pouvoir juridictionnel sur un piédestal, mais il inspire la pensée des défenseurs de la protection des droits fondamentaux, et est l'essence même de la « nécessité dans une société démocratique »¹. Le contrôle du contenu et de l'application de la norme est ainsi l'illustration d'une complémentarité renouvelée entre la jurisprudence et la loi (I). Le « juste » légal et le « juste » judiciaire s'articulent donc en vue d'adapter la règle de droit au regard d'un impératif de protection des droits fondamentaux. L'idéal de justice se traduit aussi par la résurgence de l'équité, qui inspire le double contrôle de conventionnalité pratiqué (II).

I. La complémentarité renouvelée de la jurisprudence et de la loi

289. Aborder la complémentarité renouvelée de la jurisprudence et de la loi implique de montrer que le contrôle de conventionnalité a pour vertu de compenser les faiblesses mutuelles de ces deux sources du droit. Elle est renouvelée, dans la mesure où elle pouvait déjà être constatée y compris dans le cadre du contrôle traditionnel de l'interprétation de la loi qu'exerce la Cour de cassation². Ainsi, le double contrôle exercé par le juge judiciaire permet de pallier les carences de la norme écrite (A), l'action du juge étant par la suite légitimée par l'action législative ultérieure (B).

A/ Un double contrôle palliatif des carences de la norme écrite

290. Des limites inhérentes à la norme écrite. Le propos est connu mais sera tout de même rapidement rappelé. Dès 1801, dans le discours préliminaire du premier projet de Code civil, Jean-Étienne-Marie PORTALIS pointait du doigt à de nombreuses reprises les limites de

¹ La formule, qui fonde le contrôle de proportionnalité qu'exerce la Cour européenne des droits de l'homme (la question sera approfondie *infra*, V. §239 et suiv.) est ainsi directement reliée à la notion de démocratie.

² L'exemple le plus flagrant d'une telle complémentarité réside dans les propositions de réformes, tant législatives que réglementaires, émises depuis quelques années par la Cour de cassation dans son rapport annuel. Pour le dernier exemple en date, V. le rapport annuel 2021 de la Cour de cassation, La documentation française, 2022, site internet de la Cour de cassation, p.23 à p.77. Le rapport, pour chaque matière et chaque chambre, est d'ailleurs structuré autour du « suivi des suggestions de réforme » et des « suggestions nouvelles », qui témoignent d'une réelle complémentarité de la jurisprudence et de la loi, et de l'influence désormais admise et explicitée de la Cour de cassation sur les évolutions législatives.

la loi, par des propos clairsemés. Il énonce par exemple d'abord que « *tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre* », et que « *les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout* »¹. Il poursuit, en fin de discours, en affirmant que « *dans les choses mêmes qui méritent de fixer la sollicitude du législateur, il est impossible de tout fixer par des règles précises. C'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir* ». Cette vision le rend bien moins sévère que les révolutionnaires à l'égard des juges, dont il apprécie le travail jurisprudentiel. Il explicite d'ailleurs la complémentarité des décisions judiciaires à la norme législative, se montrant certes critique mais faisant preuve d'un réalisme déconcertant lorsqu'on met en parallèle son discours avec les débats législatifs précités. Loin de vouloir totalement brider le travail judiciaire, il lui témoigne respect et confiance². Il affirme ainsi que « *dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature* ». Il poursuit ensuite en estimant qu'« *il est trop heureux que la nécessité où est le juge, de*

¹ Il poursuit en affirmant que « *dans les matières même qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?* ».

² On reprendra donc ses propos ci-après, qui n'ont pas été tronqués pour laisser au lecteur le soin de les apprécier : « *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation. On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires. Ce reproche peut être fondé. Mais dans quel art, dans quelle science ne s'est-on pas exposé à le mériter ? Doit-on accuser une classe particulière d'hommes, de ce qui n'est qu'une maladie générale de l'esprit humain ? Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance, parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire, parce qu'on en a trop. Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence. On n'hésitera point à le croire, si on réfléchit sur les fils innombrables qui lient les citoyens, sur le développement et la progression successive des objets dont le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de s'occuper, sur le cours des événements et des circonstances qui modifient de tant de manières les relations sociales, enfin sur l'action et la réaction continue de toutes les passions et de tous les intérêts divers. Tel blâme les subtilités et les commentaires, qui devient, dans une cause personnelle, le commentateur le plus subtil et le plus fastidieux* ».

s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice ou à sa volonté ». Certes, son propos tenait à l'époque à l'interprétation des lois. Mais en réalité, ces énonciations font tout autant sens lorsqu'elles sont mises en perspective avec le contrôle de conventionnalité. Lorsqu'il porte sur son contenu, il peut permettre au juge d'écarter la loi lorsqu'elle est incompatible avec un droit fondamental d'origine conventionnelle, ce qui revient à établir le constat d'une carence de la norme. Cela peut, comme le soutient Portalis, découler de l'écoulement du temps, qui la rend inadaptée aux circonstances actuelles, comme ce fut le cas en matière de garde à vue. Lorsqu'il porte sur son application, il permet au contraire de pallier les carences d'une norme générale et impersonnelle, souvent rigide¹, qui ne peut envisager la multitude de cas particuliers conduisant à une application par le juge d'une solution pourtant parfois contraire à son esprit. De ce point de vue, l'exposé des motifs et les travaux préparatoires confirment l'intérêt que peut avoir la méthode d'interprétation téléologique². Le juge MIMIN, pourtant favorable à une concision des jugements, énonçait : *« rien de plus légitime que d'élucider la loi obscure par les travaux préparatoires, et il faut même regretter que cette source d'interprétation ne soit pas plus abondamment utilisée. Mais on n'assimilera pas aux travaux préparatoires (projets, exposés de motifs, rapports) les discussions plus ou moins confuses engagées au sein des chambres. Pour avoir suivi quelques-unes de ces discussions et avoir rapproché les improvisations extravagantes des orateurs des ordinaires notions de l'École, tous les juristes sont fixés sur la portée des discours parlementaires »*³. Le contrôle de conventionnalité, tant du contenu que de l'application des lois, permet ainsi de compenser les défauts d'une norme figée dans le temps⁴,

¹ Nous citerons, encore une fois avec exhaustivité, le Professeur FULCHIRON, qui se demande très justement s'*« il n'est pas opportun de donner à la règle une certaine flexibilité. Cette souplesse ne signifie pas que l'on abandonne les principes posés par le législateur au terme d'arbitrages souvent difficiles. On éviterait au contraire de devoir les abandonner de façon générale, au motif que, dans des cas particuliers, la balance penche en faveur de tel ou tel intérêt individuel. A défendre la règle dans toute sa rigidité, on aboutit seulement à des solutions inhumaines. Certes, la voie est pleine d'incertitudes, tant la flexibilité de la règle peut paraître difficile à concilier avec sa nécessaire prévisibilité, mais elle mérite assurément d'être explorée »*, V. H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », D. 2014, p.153.

² À cet égard, on se permettra à nouveau de citer le philosophe du dialogue de Thomas HOBBS, V. Th. HOBBS, *Dialogue entre un philosophe et un légaliste des common laws d'Angleterre*, Vrin, 1990, p.30. Il énonce, à propos du juge : *« Il peut sans danger s'écarter de la lettre, s'il ne s'écarte pas de l'intention et du sens de la loi, qu'un homme savant (ce que les juges sont à l'ordinaire) peut découvrir par le préambule [NB : l'équivalent de l'exposé des motifs], l'époque où il a été fait, et les maux à cause desquels il a été fait ; mais dites-moi, je vous prie pourquoi on a fait des statuts, puisque la loi de la raison doit s'appliquer à toutes les disputes qui peuvent s'élever »*.

³ P. MIMIN, *Le style des jugements*, Juris-classeurs, éditions Godde, 1927 p.127.

⁴ Il nous faut citer à ce titre, déjà, le Professeur GÉNY, s'agissant de l'interprétation de la loi, critiquant *« le vice capital du système, qui est de stagnifier le droit et d'arrêter d'emblée tout essor d'idées nouvelles. [...] Ainsi, on reste forcément, et pour le tout, rivé au moment même de la naissance de la loi »*, V. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Bruylant, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1919, Tome premier, p.65.

l'espace, et la généralité de ses dispositions¹. D'autant que la norme écrite comprend elle aussi une part d'arbitraire.

291. Une réponse au mythe de la loi. L'action du juge a été critiquée par les révolutionnaires, qui souhaitaient lutter contre l'arbitraire d'hommes dont ils craignaient la prise de pouvoir. Ce faisant, les textes adoptés en 1790 étaient orientés, par une Assemblée composée de personnalités d'horizons assez uniformes, de même genre, et de statut social sensiblement similaire. La lecture des débats montre bien que malgré quelques divergences sur les détails des modalités de mise en œuvre de tel ou tel texte, leur esprit – qui consistait à restreindre le pouvoir des juges – avait fait l'objet d'un assentiment quasi-unanime. La création de ces textes est donc le fruit de l'idéologie politique d'un groupe de personnes à un instant donné². Laisser croire qu'il découle de débats qui lui insufflent une certaine objectivité relève du mythe³. Il avait d'ailleurs été très clairement dénoncé par PORTALIS, dans une formule pleine de sens : « *Nous raisonnons comme si les législateurs étaient des dieux, et comme si les juges n'étaient pas même des hommes* ». L'affirmation est d'autant plus vraie sous la Vème République, que le fait majoritaire reste omniprésent et conduit à la valorisation de la majorité, et ce à tous les stades de la formation des textes législatifs. L'inspiration idéologique qui irrigue la production normative, même si elle peut être inspirée par un idéal de justice sociale, peut d'ailleurs conduire le législateur à s'isoler. Le Professeur PATTERSON résume ainsi « *la thèse du Professeur Jean DABIN selon laquelle tout droit est « construit » et ne contient point de « donné » au sens de Gény aboutit-elle à isoler le juriste législateur dans une sorte de « paradis de concepts juridiques » (pour employer le terme de Jhering), où il ne percevrait pas l'influence du monde dans lequel il vit, le monde dans lequel ses normes juridiques sont destinées à*

¹ V., entre autres, B. A. WORTLEY, « Droit, loi et souveraineté », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.397. L'auteur énonce ainsi que « *légiférer est, alors, faire des lois de manière réfléchie et dans certaines limites, c'est-à-dire qu'elles doivent recevoir application à partir d'un moment déterminé du temps, à des personnes se trouvant dans une région déterminée de l'espace. La législation (la loi écrite), n'est pas le droit dans son sens le plus large, quoi qu'il y ait une tendance croissante, dans les pays de codification comme la France, à parler de loi écrite comme si elle était synonyme du Droit* ». V. aussi J. BONNECASE, *La pensée juridique française, De 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels (Tome II)*, Delmas éditeur Bordeaux, 1933, p.245, qui mentionne qu'« *il s'agit d'interpréter la loi, c'est-à-dire de savoir préciser sa portée et de ne pas lui donner une force d'expansion indéfinie. Ce qu'il ne faut pas perdre de vue, pour ne pas tomber dans les errements de la méthode exégétique, pas plus que dans ceux de la méthode historique, c'est que toute loi, même encastrée dans une codification, a une portée essentiellement limitée et objective. Limitée, car elle ne vise, malgré sa formule abstraite, qu'une catégorie déterminée d'intérêts. Objective, car la loi, une fois sortie des mains du législateur, constitue un document qui vaut par lui-même sur la double base de son texte et du but social qui l'a rendue nécessaire. Toute loi est, en effet, une disposition plus ou moins impérative, matérialisée dans un texte aux fins de réaliser sous un angle donné l'harmonie sociale, objet suprême du droit* ».

² Sur l'illusion de la démocratie directe, V. A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996, p.73 et suiv.

³ V. J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010, p.47, p.48 et p.59.

recevoir application ? Nous avons essayé de montrer qu'il y a un fossé logique entre le fait existentiel d'une part et les jugements de valeur d'autre part, et qu'il y a un abîme métaphysique entre le « est » et le « devrait être » (ou « devra être ») qui doit inciter l'homme à l'humilité et la tolérance. Finalement, nous avons conclu que la méthode du juriste-législateur, si compétent qu'il puisse être techniquement, appelle une certaine dépendance à l'égard des faits, lesquels peuvent, en certaines circonstances, l'amener à penser et même à le convaincre que les anciennes normes sont à revoir ou qu'il faut en créer de nouvelles »¹. L'utilisation du contrôle de conventionnalité par le juge judiciaire permet de rompre cet isolement intellectuel et idéologique. Il lui permet, au nom d'un idéal de justice traduit juridiquement par des recueils de droits fondamentaux, d'écarter la norme dont les limites sont désormais connues. Le mythe s'est d'ailleurs d'autant plus disloqué à l'aune de l'observation d'une « crise de la loi ».

292. Une réponse à une crise de la loi. Le développement par le juge judiciaire du double contrôle des lois peut aussi permettre de répondre aux critiques formulées à l'égard d'un mouvement récent, déjà abondamment étudié depuis plusieurs décennies². En effet, Georges RIPERT énonçait déjà dans son ouvrage *Le déclin du droit* que « le sentiment d'insécurité juridique que peut éprouver aujourd'hui le citoyen ne naît pas seulement de l'accumulation des textes, mais aussi, à stock normatif constant, de la fréquence des changements »³. Ces symptômes, identifiés à l'époque, se sont très largement aggravés. L'inflation normative s'est

¹ E. W. PATTERSON, « L'influence des faits sur les jugements de valeur juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.209.

² Il ne s'agira donc pas d'entrer dans le détail sur ladite crise, mais de montrer en quoi le contrôle de conventionnalité peut y répondre. Le nombre d'ouvrages et de contributions en la matière suffit. Pour un aperçu, V. G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949 ; G. BURDEAU, *Essai sur l'évolution de la loi en droit français*, Archives de philosophie du droit, 1939, p.29 et suiv. ; F. TERRÉ, « La crise de la loi », *Archives de philosophie du droit*, Tome 25, La loi, Sirey, 1980, p.17 ; B. MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2004, p.74 et suiv. ; P. ALBERTINI, *La crise de la loi, Déclin ou mutation ?*, Lexis Nexis, 2015, p.149 et suiv. ; Y. LEMOINE, *La loi, le citoyen, le juge*, Flammarion, 1990, p.209 ; R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, p.43 ; E. GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RDP* 2003, n°1 ; J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} édition, 1995, spéc. p.307 et suiv. ; G. HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n°114, 2005 ; G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *ibid.* ; G. GLÉNARD, « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA* 2005, p.922 ; H. MOYSAN, « Lois et règlements, la loi, en quelques maux », *JCP G* 2018, doct. 261 ou enfin, V. J.-C. BÉCANE, M. COUDERC, J.-L. HÉRIN, *La loi, op. cit.*, qui y consacre de nombreux développements.

³ V. la contribution de Maître de FONTBRESSIN, « Les droits de l'homme, principes généraux de vie », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, p.551. L'auteur y cite très justement aussi les propos du Professeur OPPETIT, qui estimait que « le thème de l'inflation des lois n'est pas nouveau, il a déjà alimenté des réflexions acides d'auteurs aussi éloignés dans le temps que Tacite et Montesquieu, mais il traduit seulement sous la plume de ces historiens et moralistes le sentiment de contrainte éprouvé de tous temps par l'homme devant les limites imposées à son action. Aujourd'hui il a pris une tout autre importance : il évoquait que l'angoisse du juriste ou même du citoyen conscient devant l'énormité du flux de règles secrétées en tous domaines par une technocratie sur laquelle le pouvoir politique ne paraît plus exercer son contrôle », V. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p.31.

accrue, la qualité rédactionnelle des textes a baissé, tant et si bien que des ouvrages, études ou rapports spécialement consacrés aux méthodes de rédaction des lois voient le jour, à destination des organes créateurs de normes¹. Les lois sont certes plus nombreuses, mais aussi plus longues, plus denses et parfois moins organisées. Les règles spéciales se multiplient, au service d'impératifs divers qui n'entrent pas toujours en cohérence. Ce qui relevait auparavant du règlement est désormais parfois traité par la loi, qui perd ainsi de son autorité. Le président du Conseil constitutionnel Pierre MAZEAUD s'était d'ailleurs élevé contre cette évolution lors d'un discours prononcé en 2005 à l'occasion de l'échange de vœux avec le président de la République². Il dresse ainsi un diagnostic assez alarmant de l'état de santé de la loi, à grand renfort d'exemples très concrets. Il constate ainsi un « *symptôme frappant de mauvaise santé législative : la loi qui tâtonne, hésite, bafouille, revient à bref intervalle sur le même sujet dans un sens ou dans un autre, selon les réactions réelles ou supposées de la société* »³, et ajoute que le « *vice de la législation contemporaine est son manque de clarté et d'intelligibilité* », ce qui lui fait affirmer que « *la loi doit être précise et claire, ce qui ne veut pas dire encombrée de détails* »⁴. Il poursuit ensuite en fustigeant les dispositions « non normatives », ou les « neutrons législatifs » qui à son sens porte le discrédit sur l'action législative. Il estime à juste titre que « *la loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde (en espérant sans doute le transformer par la seule grâce du verbe législatif ?). La loi ne doit pas être un rite incantatoire. Elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits. En allant au-delà, elle se discrédite* »⁵. Cette déclaration, loin d'être seulement formelle, traduit une politique d'encadrement de la part du Conseil constitutionnel de la production législative, ciblée sur sa qualité, qui s'est d'ailleurs retrouvée dans de nombreuses décisions⁶. Là encore, le

¹ Le service des études juridiques du Sénat est même allé jusqu'à publier une note à l'attention des sénateurs pour les alerter sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière, V. sur le site internet du Sénat, note intitulée « la qualité de la loi ». V. aussi, C. BERGEAL, *Savoir rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, 2000, p.23. De plus, un guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires a été élaboré conjointement par des membres du Conseil d'Etat et le Secrétariat général du gouvernement. Un rapport public traitait d'ailleurs du sujet en 1991, V. Conseil d'Etat, Rapport public 1991, EDCE, La documentation française, p.15 et suiv.

² V. P. MAZEAUD, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », discours prononcé par le président Pierre Mazeaud le 3 janvier 2005 à l'Élysée, lors de l'échange de vœux avec le président de la République, *JCP ACT*, 2005, 1035.

³ Loc. cit., §3.

⁴ Loc. cit., §9.

⁵ Loc. cit., §13. Il poursuit ensuite en critiquant « *la dégénérescence de la loi en instrument de la politique spectacle, la loi d'affichage, nous en avons eu des illustrations récentes, et pas seulement dans des amendements parlementaires, pas seulement dans des propositions de loi adoptées au creux propice de niches parlementaires... Comment qualifier autrement que de " disposition d'affichage " telle mesure économique à finalité incitative si complexe et si peu attractive qu'on peut douter de son utilisation future et qu'elle ne semble placée dans un projet de loi que pour signifier à l'opinion que les pouvoirs publics prennent en charge un problème qui la trouble ?* », loc. cit., §15.

⁶ Sans les citer, on renverra à la note sur le site internet du Sénat précitée, qui en fait une synthèse conséquente.

contrôle par le juge judiciaire peut de ce point de vue être un refuge utile lorsque la norme législative manquant de clarté peut conduire à la violation d'un droit du justiciable. Le développement du double contrôle de la loi par le juge accroît ainsi la complémentarité de la jurisprudence et de la loi, ce qui se traduit d'ailleurs par l'action postérieure du législateur sur la norme contrôlée.

B/ La légitimation du contrôle du juge par l'action législative

293. Une complémentarité originaire des sources. Dès l'élaboration du Code civil, PORTALIS pointait déjà du doigt la complémentarité entre loi et jurisprudence, et la possibilité pour la première de venir légitimer ou contrecarrer la seconde. Il estimait ainsi qu'« *il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir* »¹. Le propos tenait bien évidemment à l'interprétation des lois, et les exemples sont variés de cas de « correction »² ou de clarification³ par le législateur des décisions rendues par les juges judiciaire ou administratif. Les deux sources se complètent ainsi, l'une compensant les carences de l'autre de manière réciproque. Les jurilinguistes québécois Michel SPARER et Wallace SCHWAB, analysant les différences idéologiques entre français et américain, en font une synthèse éloquente : « *Voilà qui est intéressant : d'abord, un*

¹ Le Doyen CARBONNIER soulignait d'ailleurs à ce titre : « *Portalis, c'est un peu la revanche de Montesquieu* », V. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} édition, 1995, p.265. V., du même auteur, pour une analyse historique et sociologique depuis l'antiquité jusqu'à nos jours, *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} édition, 3^{ème} tirage, 2012, p.64 à p.147.

² On reprendra ici l'exemple bien connu et déjà mentionné de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qualifiée de loi « anti-perruche ». Le premier alinéa de son article premier disposait en effet que « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* », ce qui constituait une confrontation directe à l'arrêt Perruche du 17 novembre 2000, n°99-13.701 qui permettait à l'enfant de « *demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes* » du médecin qui avait empêché la mère d'opter pour une interruption volontaire de grossesse.

³ Les exemples sont trop nombreux pour être cités, mais l'ordonnance du 10 février 2016 se suffit à elle-même, tant s'agissant des solutions en matière d'imprévision, en matière de sanction en cas de rétractation abusive de l'offre, ou encore de rupture d'une promesse unilatérale. Chaque matière a son lot d'illustrations.

américain qui s'en prend à l'envahissement d'un judiciaire débridé, et ensuite un français qui se scandalise du maternage de certaines lois. Est-il nécessaire de répéter la part que joue la rédaction, dans l'un comme dans l'autre cas ? Où faut-il arrêter la règle de droit ? Dans la loi, le règlement ou le jugement ? Si nous ne proposons pas de réponse à cette question, c'est qu'il n'en existe pas une, deux, mais plusieurs. La nature complexe de nos institutions, de nos lois, de notre technologie, de nos besoins, etc. constitue un ensemble de facteurs qui échappe à l'emprise des formules à l'emporte-pièce »¹. Cette complémentarité dans l'interprétation prend une autre dimension lorsqu'il s'agit d'étudier le contrôle pratiqué par le juge judiciaire de la compatibilité du contenu ou de l'application des lois aux droits fondamentaux.

294. Un double contrôle du juge impliquant un dialogue avec le législateur. Le Professeur PERELMAN prédisait que « *si le 19^{ème} siècle a été, un droit, le siècle en formalisme, allant de pair avec une conception étatique et légaliste du droit et des règles de droit, le 20^{ème} siècle, sous l'influence de considérations sociologiques, méthodologiques, conduit au réalisme, au pluralisme juridique, à l'acceptation du rôle croissant de principes généraux du droit, à une conception plus topique que formalisme du raisonnement juridique. Ce qui entraîne la reconnaissance du rôle croissant du juge dans l'élaboration du droit, la prééminence de la règle de droit sur sa validité formelle, le primat du législatif continuant à être reconnu dans la mesure où il peut toujours renverser la présomption selon laquelle les interprétations de la loi, ainsi que les règles de droit reconnues et élaborées par le pouvoir judiciaire, sont conformes à la volonté du législateur actuel »². Cette analyse se trouve être confirmée lorsqu'il s'agit du contrôle de la loi effectué par le juge judiciaire. Les divers exemples précédemment cités lorsqu'il s'est agi de démontrer que la loi se trouvait renforcée ou améliorée³ par le contrôle du contenu de la norme illustrent parfaitement cette complémentarité. Dans ces cas, on a bien montré l'action du législateur visant à modifier la norme déclarée inconstitutionnelle. La seule nuance à apporter aux propos de l'auteur est que « le primat » du législatif s'efface devant la prééminence des droits fondamentaux : le législateur est désormais soumis à la contrainte qui lui est imposée par l'article 55 de la Constitution, dont les juges judiciaire et administratif sont garants. Mais plus qu'une soumission du premier envers les seconds, ou d'une « *redéfinition de la séparation des pouvoirs et le démantèlement du système juridique romaniste, démantèlement**

¹ M. SPARER, W. SCHWAB, *Rédaction des lois*, Bibliothèque nationale du Québec, 1980, p.148.

² Ch. PERELMAN, « À propos de la règle de droit, réflexions de méthode », in Ch. PERELMAN (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p.323.

³ V. §252 et suiv., et pour d'autres exemples, de manière générale lorsque le contrôle indirect de la norme est effectué.

déjà largement avancé »¹, il s'agit ici d'agir dans une perspective d'amélioration de la règle de droit, qui impose à tous les acteurs qui la construisent un dialogue constructif dénué de toute velléité de prise de pouvoir². L'intérêt de faciliter, au profit du législateur, la lisibilité des décisions du juge judiciaire qui contrôle les normes qu'il produit s'en trouve donc considérablement renouvelé, et doit demeurer un impératif qui justifiera une profonde structuration de sa motivation et l'affirmation du rôle de la Cour de cassation. Cela inspire en partie les propositions formulées *infra*, tant en ce qui concerne l'encadrement des méthodes de contrôle que des acteurs dudit contrôle, avec la mise à disposition d'une saisine spécifique pour avis en conventionnalité au profit des juges du fond. Le renforcement de l'idéal de justice inhérent au contrôle de conventionnalité se retrouve aussi dans la mesure où il permet de satisfaire en partie l'une des fonctions de l'équité.

II. La résurgence de l'équité par le double contrôle de la loi

295. Le présent propos tendra simplement à mentionner les liens qu'entretiennent équité et contrôle de conventionnalité. En effet, certes, la question a resurgi lorsqu'il s'est agi pour le juge judiciaire de se saisir du contrôle de l'application des lois³, mais était en réalité déjà inhérente à la possibilité même pour le juge de la contrôler, voire concerne plus largement toute question relative à la justice de manière générale, ou au jugement⁴. L'équité est omniprésente dans les matières juridiques, et avait fait l'objet des plus vives critiques⁵ en tant qu'outil au service de l'arbitraire du juge, notamment sous l'ancien régime⁶, ce qui a justifié la méfiance

¹ V. F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p.511. L'auteur est assez alarmiste, et poursuit en affirmant que « *la réforme en cours ébranle la tectonique des grands systèmes juridiques. Elle va plus loin qu'une tentative de restaurer l'équité des parlements. La Cour de cassation incarne le modèle romaniste des cours suprêmes, un modèle français qui s'oppose aux cours suprêmes de pleine juridiction, qui sont la règle dans les pays de common law* ».

² Madame LE GAC-PECH souligne d'ailleurs à juste titre que « *le contrôle de conventionnalité a progressivement métamorphosé le paysage juridique, entraînant un dialogue sans cesse renouvelé des juges et des autorités normatives* », à propos de la condamnation par la Cour européenne de la France au sujet de l'incrimination de délit d'offense, V. « Contrôle de conventionnalité et justification de la sanction », CEDH, 14 mars 2013, *Eon c/ France*, n°26118/10, *RJPF*, n°5.

³ V. sur ce point un article édifiant, A. LASSALE, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *RDLF* 2018, chron. n°18. V. aussi, H. FULCHIRON, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, p.1472.

⁴ Pour une analyse intéressante du jugement judiciaire, perçu tant comme un jugement réfléchissant que comme dialectique de l'interprétation et de l'argumentation, V. B. MAZABRAUD, « Phénoménologie du jugement judiciaire », *Les cahiers de la justice* 2020, p.647.

⁵ Pour une critique emblématique, V. F. CHÉNÉDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p.179.

⁶ On citera évidemment la fameuse maxime « Dieu nous garde de l'équité des Parlements », prêtée au chancelier Séguier, V. H. ROLLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^{ème} édition, Litec, 1992, n°80.

déjà évoquée¹. Nous nous contenterons d'abord de citer PORTALIS, qui exposait les principaux contours de la notion : *« le mot équité est susceptible de diverses acceptions. Quelquefois il ne désigne que la volonté constante d'être juste, et dans ce sens il n'exprime qu'une vertu. Dans d'autres occasions, le mot équité désigne une certaine aptitude ou disposition d'esprit qui distingue le juge éclairé de celui qui ne l'est pas, ou qui l'est moins. Alors l'équité n'est, dans le magistrat, que le coup d'œil d'une raison exercée par l'observation, et dirigée par l'expérience. Mais tout cela n'est relatif qu'à l'équité morale, et non à cette équité judiciaire dont les jurisconsultes romains se sont occupés, et qui peut être définie un retour à la loi naturelle, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives. C'est cette équité qui est le vrai supplément de la législation, et sans laquelle le ministère du juge, dans le plus grand nombre des cas deviendrait impossible »*². L'aspect moral de cette définition renvoie aux liens entre l'équité et le sens de la justice en tant que vertu, qui est inhérente aux droits fondamentaux. Le double contrôle de conventionnalité tel qu'il est pratiqué par le juge judiciaire implique nécessairement la satisfaction d'une certaine idée du juste, qui permet de justifier l'éviction de la norme et qui est commune aux deux contrôles (A). Elle est dans cette mesure principalement un outil de justification des deux aspects du contrôle. S'agissant toutefois de « l'équité judiciaire » telle qu'elle est définie par PORTALIS, il apparaîtra une divergence selon qu'il est question du contrôle du contenu de la loi ou de celui de son application (B).

A/ Le caractère commun aux deux contrôles : la satisfaction du juste

296. Un idéal de justice. On citera d'abord Monsieur Laurent TRIGEAUD, citant Aristote³, qui énonce que *« le « juste » pour Aristote – qui deviendra à Rome le droit (jus) – n'a pas le « légal » pour source essentielle, mais au contraire « l'égal », la proportion objective que le magistrat établit entre les biens sur lesquels porte le litige qui lui a été déféré. Le droit est la solution juste telle qu'elle ressort de l'examen de cette proportion et de tous les éléments réels qui peuvent aider à l'apercevoir, il s'identifie proprement aux biens mêmes entre lesquels*

¹ V. §273 et suivants de la thèse.

² Dès le début de son discours, il mentionnait d'ailleurs que *« quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives »*.

³ Classiquement, *Éthique à Nicomaque*, Livre V. Pour une critique des interprètes du philosophe, sous l'angle du droit naturel, V. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003, p.98. V. aussi, du même auteur, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, p.39, qui souligne la dimension morale que revêt l'équité d'Aristote.

la proportionnalité doit exister et que le juge inspecte en dehors d'une quelconque norme supérieure à lui qu'il aurait à proclamer sentencieusement. [...] Le seul travail de l'esprit sera, non plus de chercher ce qu'a voulu pour tel cas particulier la raison législative, mais de discerner lucidement, compte tenu de tous ses aspects, et sous les fausses apparences qui sont susceptibles de le recouvrir, le rapport d'égalité qui est dans la nature¹ »². Le contrôle de la compatibilité de la loi est irrigué par cet idéal de justice, duquel découle en partie l'équité. Cette idée est d'ailleurs bien explicitée par Maître de FONTBRESSIN, qui mentionne que « la nécessaire redécouverte d'une hiérarchie des normes, au sommet de laquelle figure la Convention, redonne par ricochet le sens d'une hiérarchie des valeurs³. Là où le désordre textuel voire l'irrationnalité des sanctions propageaient l'effet de l'injuste propice au rejet du droit, le principe de proportionnalité et l'interprétation téléologique permettent de ramener le Droit à l'essentiel et de lui redonner sa fonction d'équilibre hors de laquelle il ne remplit plus sa mission »⁴. Les droits fondamentaux impliquent ainsi la satisfaction d'un sentiment de justice qui doit inspirer tant le contenu de la norme que son application à l'espèce⁵. C'est ce qui justifie le développement de la dualité des contrôles exercés par les juges judiciaires et administratifs : la transcendantalité explique d'ailleurs en partie que les juridictions des deux ordres aient opté pour des voies similaires, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. La méthode utilisée, qu'il s'agisse du contrôle de proportionnalité ou de la balance des intérêts en

¹ Un lien avec la notion de droit naturel est d'ailleurs, sans entrer dans le détail, identifiable. Empreints d'un certain idéalisme, on mentionnera les propos du Professeur AULAGNON : « on a discuté et on discutera longtemps encore sur le contenu du droit naturel. Si, hormis quelques préceptes supérieurs et immuables, les règles qu'il postulent varient dans l'espace et dans le temps, il reste que cette propension du Droit et l'aménagement d'institutions conformes au bien commun répond en tous cas à « l'idée morale de justice ». C'est là une idée-force qui s'impose à l'attention du juriste. Dans l'histoire des civilisations, bien des évolutions ou des révolutions ne peuvent s'expliquer que par le ressort de cet idéal de justice. Beaucoup sont morts pour y avoir sacrifié ! Au-dessus du droit positif, toujours imparfait, il y a un idéal mystérieux, indéfinissable, auquel tendent les hommes. Cet idéal, qu'ils savent inaccessible, mais auquel ils ne renoncent jamais, et un facteur de progrès de la vie juridique » V. L. AULAGNON, « Aperçus sur la force dans la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.37. Pour une approche plus récente et un regard critique, V. F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142.

² J.-M. TRIGEAUD, *Essai de philosophie du droit*, Studio editoriale di cultura, 1987, p.24.

³ V. N. WEINSTOCK, « La pensée juridique de Pierre Lambert », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, p.1048.

⁴ P. de FONTBRESSIN, loc. cit., p.554. L'auteur poursuit, et on adhèrera à l'analyse, que « force est de constater que les principes généraux auxquels la Cour de Strasbourg se réfère parfois expressément, possèdent une incontestable vertu didactique, non seulement au regard de l'interprétation de la Convention, mais dans une perspective de régénérescence d'impératifs moraux pour maintenir l'équilibre du contrat social. L'exemple du principe de proportionnalité est peut-être le plus significatif. « Clé de voûte » de la Convention européenne des droits de l'homme, qui ne saurait être dissocié du principe du respect de la dignité humaine, il apparaît comme l'arbitre suprême des conflits de valeurs et de droits », p.558.

⁵ C'est d'ailleurs aussi le cas du pouvoir modérateur du juge judiciaire, dont Monsieur FISCHER apprécie l'évolution de la finalité : « plus qu'une simple considération d'équité, je juge obéit à un impératif de justice », V. J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p.33, et V. aussi pour de plus amples développements, p.337.

présence¹, est irriguée par l'idée d'une satisfaction du « juste »². Il est bien évident que cet idéal de l'atteinte du « juste » peut paraître inaccessible³, et les critiques évidentes liées à l'instabilité qu'il peut engendrer doivent être entendues.

297. Un idéal de justice maîtrisé. Qu'il s'agisse de la satisfaction de l'équité ou de la volonté de rendre une solution conforme à l'idéal que se fait le juge du « juste »⁴, la limite avec l'arbitraire peut paraître assez ténue. Le débat est loin d'être récent, et est une nouvelle fois assez bien résumé par Thomas HOBBS, dont la lecture à la lumière du sujet qui nous occupe est assez éclairante. Nous reprendrons les propos du philosophe du *Dialogue entre un philosophe et un légaliste des common law*⁵, qui se questionne sur les risques liés à l'équité : « *Aequitas est perfecta quaedam ratio, quae jus scriptum interpretatur et emendat, nulla scriptura comprehensa sed solus in vera ratione consistens, c'est-à-dire, l'équité est une certaine raison parfaite qui interprète et qui amende la loi écrite, tout en étant elle-même non écrite et ne consistant en rien d'autre que la droite raison. Quand je considère ceci, et que je vois que c'est vrai, et si évident que personne dans son bon sens ne saurait le nier, ma propre raison se trouve à court ; car ceci rend inopérantes toutes les lois du monde ; car en s'appuyant là-dessus n'importe qui peut dire de n'importe quelle loi qu'elle est contre la raison, et en tirer prétexte pour désobéir. Je vous prie de m'expliquer ce passage, pour que nous puissions aller plus loin* »⁶. Le légaliste lui répond ensuite, pour apaiser ses craintes : « *Voilà comment je l'explique, [citant E. COKE], cela doit se comprendre d'une perfection de la raison artificielle, obtenue par une longue suite d'étude, d'observation et d'expérience, et non de la raison*

¹ Le Professeur Pontier estime d'ailleurs que « *parce que la justice est l'une des finalités de toute société pour assurer le Bien commun, les autorités chargées de se prononcer sur les demandes présentées par des personnes ayant un différend avec une autre doivent évaluer et peser les intérêts en présence, et cette fonction est tout particulièrement assurée par les juges* », V. J.-M. PONTIER, « La balance des intérêts », *AJDA* 2021, p.1309. Sur la balance des intérêts, et sa variabilité, V. §355 et suiv.

² La plupart des détracteurs du contrôle de l'application des lois ciblent ainsi souvent la méthode de la proportionnalité. Le Professeur ZENATI-CASTAING estime par exemple que « *la découverte de la méthode proportionnelle est un stratagème qui est de nature à émanciper le juge de la tutelle de la loi et à lui permettre de revenir au pouvoir qui lui était reconnu sous l'ancien droit de statuer en équité* ».

³ Pour une analyse intéressante, sous l'angle du « droit de punir », qui montre la relativité de la notion de « juste » et ses contradictions, notamment en ce qui concerne la loi pénale, V. P. RICOEUR, *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, 2005. Sous l'angle de la philosophie de l'interprétation, v. P. RICOEUR, *Le conflit des interprétations, essais d'herméneutique*, éditions du Seuil, 1969, spécialement p.348 et suiv. s'agissant du mythe de la peine. V. aussi, du même auteur, *Le juste*, Esprit, 1995, spécifiquement p.185 et suiv. dans le lien de la notion avec l'acte de juger.

⁴ Sur le lien entre l'équité et la Justice, V. not. A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, Thèse dactylographiée, 1934, p.11. et suiv. V. aussi, W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, L.G.D.J., 4^{ème} édition, 1965, p.458, à propos des décisions anglaises dans lesquelles on retrouve la « *fonction créatrice de l'équité judiciaire, de l'honnêteté, du bon sens ou de la justice* ». V. aussi p.499.

⁵ La première édition est parue en 1681.

⁶ Th. HOBBS, *Dialogue entre un philosophe et un légaliste des common laws d'Angleterre*, Vrin, 1990, p.28.

naturelle de tout homme ; car nemo nascitur artifex (personne ne naît artisan) ; et par conséquent quand même toute la raison qui est dispersée en tant de têtes différentes serait réunie dans la tête d'un seul homme, cependant cet homme-là ne pourrait édifier un droit comme le droit d'Angleterre, parce que celui-ci a été au fil des générations affiné et raffiné par un nombre infini de graves savants ». Ne pourrait-on pas raisonner de manière similaire avec le juge français chargé de contrôler la norme législative, qu'il applique et interprète depuis plus de deux siècles ? L'usage de l'équité a-t-elle conduit le juge à excéder les limites de son office et à abuser de cette possibilité ? Les craintes formulées à l'encontre des jugements du « bon juge Magnaud » – que nous avons assimilés à une forme de contrôle indirect du contenu de la loi¹ – ne semblent pas être confirmées². De plus, si le contrôle du contenu a été très fortement mobilisé, on constate que le dialogue des juges conduit à une certaine mesure et rationalité judiciaire³ : nous l'avons observé, la plupart des décisions conduisent au constat de leur compatibilité, et lorsque ce n'est pas le cas, à l'amélioration de la règle de droit. Cela permet à la loi écrite de suivre les évolutions de la société⁴, au rythme que choisit ensuite de lui dicter le législateur⁵. S'agissant du contrôle de l'application des lois, le constat est d'autant plus prégnant

¹ V. §38 de la thèse. Pour d'autres développements sous l'angle d'une équité stabilisée, V. §301.

² Le Professeur FRISON-ROCHE estime d'ailleurs qu'un tel procédé « présente la qualité de modèle, au sens de comportement à suivre, parce qu'il traduit l'attitude du juge à n'être pas enfermé dans un rapport bilatéral avec le législateur, rapport heurté dans lequel on l'enferme trop souvent, qui méconnaît d'ailleurs son office exprès portant aussi bien sur le fait que sur le droit », V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du Bon Juge Magnaud », in *De code en code*, mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p.335, spéc. p.342, §35. V. aussi A.-D. HOUTE, « Le bon juge Magnaud et l'imaginaire de la magistrature à l'aube du XX^{ème} siècle », *Délibérée* 2018/3, n°5, p.38.

³ V. H.-A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Idéalité et réalité du droit. Les dimensions du raisonnement judiciaire*, L.G.D.J., 1980, p.152 et suiv. L'auteur énonce ainsi que : « la rationalité judiciaire doit être téléologique, sa logique est nécessairement conditionnée par des aspects, par des dimensions, qui sont de l'ordre des « choses morales ». [...] La rationalité judiciaire est toute entière dominée par l'exigence de tirer ce qui est idée, principe, de la réalité concrète des situations, en donnant, par-là, à l'idée sa réalité ». Il poursuit, et le propos convainc, appliqué à notre sujet, en estimant que « la rationalité judiciaire devient le champ privilégié du combat où la décision veut s'imposer à la norme, où une volonté de puissance veut faire irruption et où il appartient à cette rationalité judiciaire de se parfaire en se remettant librement en question pour exorciser par-là les velléités de « décisionisme » et les assauts du « politique ». Ainsi la rationalité judiciaire doit-elle devenir discours du dialogue. Ce faisant, elle s'oppose au discours (perversi et manipulé) de la puissance ».

⁴ On citera le Professeur ROUBIER qui, à propos des principes généraux du droit, mentionnait : « nous voyons, dans la reconnaissance de la valeur des principes généraux du droit, le moyen de satisfaire aux nécessaires aspirations vers l'idéal juridique qui est un idéal moral [...]. Honneur à ceux qui se sont [...] refusés à confondre le droit avec la politique, ce qui ne saurait aboutir à autre chose qu'à une confusion du droit et de la force, et qui ont maintenu la primauté de l'élément moral, seule défense possible de la civilisation de l'Occident ». V. P. ROUBIER, « De la légitimité des situations juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.297. Il s'inquiétait toutefois, dans la mesure où selon lui « il y a d'autres valeurs sociales que la justice, et le juriste doit prendre conscience, notamment, de la sécurité juridique, c'est-à-dire de l'ordre, qui constitue la valeur première à sauvegarder ». Il prenait l'exemple de la distinction entre filiations naturelle et légitime, qui selon lui « heurtent le sens de la justice » mais qui impliquaient de ne pas « faire abstraction des bases fondamentales de l'ordre social, qui exigent la constitution de familles solidement établies ». Le droit positif tend à montrer que l'ordre social a évolué, et peu aujourd'hui plaident en faveur du droit antérieur sur ces questions.

⁵ Qui ne doit toutefois pas différer excessivement l'entrée en vigueur d'un texte visant à rétablir l'effectivité d'un droit fondamental, comme ce fut le cas lors de la réforme de la garde à vue.

au vu du très faible nombre de décisions rendues conduisant à écarter la norme à l'espèce, étant entendu que les circonstances en question étaient très particulières¹. D'ailleurs, la Cour de cassation, tout comme le Conseil d'État, font preuve d'une certaine prudence quant à l'utilisation de cet outil de contrôle². Les craintes sont donc légitimes, mais ne doivent pas susciter l'angoisse³, du moins sous réserve de la mise en place d'outils d'encadrement que nous aborderons *infra*.

298. Un idéal de justice imposé. Ce qui différencie toutefois le contrôle de conventionnalité du jugement en équité est principalement la contrainte conventionnelle qui pèse sur le juge national. En effet, lorsqu'il s'agit de juger en équité, sur le modèle de l'état de nécessité ou encore de l'enrichissement sans cause⁴, c'est exclusivement le désir du juge de rendre une décision conforme à un idéal de justice qui guide son raisonnement et lui permet de s'écarter de la lettre des textes. Or, en matière de contrôle de conventionnalité, cette exclusivité ne peut être constatée. En effet, c'est un contrôle contraint, placé non seulement sous l'égide du traité international, de la Constitution, de la jurisprudence *IVG* du Conseil constitutionnel, mais aussi et surtout sous la contrainte juridictionnelle exercée par la Cour européenne des droits de l'homme. Loin d'être un « truchement » ou « prétexte » pour satisfaire les velléités d'un juge judiciaire avide de se soustraire à la norme écrite⁵, les droits fondamentaux s'imposent à lui tout autant – voire davantage, pour des raisons hiérarchiques – que les lois nationales. Madame Camille DROUILLER, très justement, évoque d'ailleurs l'existence d'un « ordre public des droits fondamentaux »⁶, qui se superpose à l'ordre public imposé par les lois

¹ Le philosophe évoquait d'ailleurs les rapports entre loi et jurisprudence, et les éventuelles contradictions qui peuvent être constatées avec l'objectif législatif.

² V. §111 et suivants de la thèse.

³ Pour rappel, selon la définition de la professeure A.-B. CAIRE, « L'inquiétante étrangeté de la procréation post mortem devant la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2020, p.324

⁴ Il nous faut citer l'arrêt Boudier (Req., 15 juin 1892), qui mentionnait « *que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit* ». Le parallèle peut ainsi être effectué avec la parenté qu'entretient l'état de nécessité avec le contrôle indirect du contenu de la norme dans le cadre de l'affaire *Ménard*, comme susmentionné.

⁵ Le Professeur ZENATI-CASTAING évoque l'idée selon laquelle « *l'auto-réforme de la Cour de cassation est le projet de reconquérir un pouvoir perdu, le retour d'un vieux compte à régler* », en réaction à l'« *atmosphère de culte de la loi et de phobie à l'égard des corps judiciaires* » précédemment évoquée des révolutionnaires. Il ajoute ensuite que, dès le Directoire, « *la riposte a commencé. L'auto-réforme contemporaine de la Cour de cassation est loin d'être le point alpha de la revanche* ». V. F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p.511.

⁶ L'auteure estime donc à juste titre que « *les droits fondamentaux doivent s'analyser comme un facteur de hiérarchisation des ordres publics. [...] Ainsi, les dispositions appartenant à l'ordre public classique sont subordonnées au respect des dispositions d'ordre public des droits fondamentaux en application du principe hiérarchique* », C. DROUILLER, *Ordre public et droits fondamentaux. Contribution à l'étude de la*

nationales. Maître de FONTBRESSIN émet même l'idée d'une forme « *d'ordre public humain, bras armé des « droits intangibles » peut être le repère des ordres publics nationaux en quête de légitimité, au nom de l'avenir de « la race humaine »*¹ ». L'affirmation est d'autant plus vraie aujourd'hui à l'aune de l'entrée en vigueur du protocole 15 qui sanctifie le principe de subsidiarité, et du protocole 16 qui facilite le dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme, et donc indirectement l'imposition de son appréciation au juge national. C'est par conséquent cet élément de contrainte, sans cesse renforcé ces dernières décennies, qui distingue le contrôle de conventionnalité – quel que soit son objet, ses caractères ou ses effets – du jugement en équité. Le juge judiciaire n'a en effet d'autre choix que de se conformer aux textes consacrant des droits fondamentaux, et de développer des méthodes pour ce faire. C'est ce qui inspire d'ailleurs la crainte du juriste de droit continental : n'aurait-on pas ici une multitude de fondements textuels supranationaux qui diffuserait le jugement équité dans toutes les strates du système juridique français ? Serait-ce une autorisation généralisée à écarter tout texte, que ce soit de manière générale ou lors d'un litige, sous couvert de l'application d'un texte hiérarchiquement supérieur à la loi nationale ? Autrement dit, ce serait considérer que les droits fondamentaux ne sont que le masque textuel de l'équité sur lequel le juge peut légitimement se fonder pour écarter la loi, sous couvert de hiérarchie des normes. Une telle idée est d'autant plus soutenue dans la formulation d'un « droit au procès équitable »³. Il est difficile de contredire frontalement cette appréciation, mais nous l'avons déjà très fortement nuancée en

fondamentalisation du droit privé interne, IFJD, 2021, p.727. Pour une analyse sous l'angle du droit de la famille, et des risques de disparition de l'ordre public en matière familiale, V. Ch. MASSON, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD Civ.* 2018, p.809.

¹ L'auteur emprunte l'expression à René CASSIN.

² P. de FONTBRESSIN, « Les droits de l'homme, principes généraux de vie », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, p.551.

³ Il faut toutefois l'entendre dans le sens d'une équité procédurale. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule en effet que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Sur ce point, V., spécialement sur le pourvoi en cassation, l'intéressante contribution du premier président CANIVET, V. G. CANIVET, « Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, p.367. Il estime ainsi que « *l'importation, à travers le droit européen, des principes essentiellement procéduraux et pragmatiques contenus dans le concept de « procès équitable » dans un droit français marqué par une conception égalitaire de l'équité ne va pas sans poser de problème. En effet, de cette coexistence, dans un même ordre juridique, entre, d'une part, une conception égalitaire du pourvoi en cassation comme droit réservé a priori à tous et, d'autre part, des garanties procédurales visant à assurer l'égalité des armes et la contradiction de façon efficace et économique, naît inévitablement une tension. Il y a, en outre, une différence systématique entre le pourvoi en cassation à la française organisé en un service universel et gratuit et la fonction normative d'une Cour suprême visant prioritairement au développement jurisprudentiel du droit. Néanmoins, progressivement, la Cour de cassation tend à nuancer sa conception de l'accès au juge de considération d'efficacité qui laissent entrevoir un rapprochement des deux conceptions de l'équité du procès* ».

montrant que la loi s'en trouvait au contraire renforcée¹. La contrainte textuelle fait, certes, obstacle à l'assimilation totale du contrôle de conventionnalité au jugement en équité², mais il faut concéder que ledit contrôle en partage certaines traductions.

B/ La diversité des traductions de l'équité dans le double contrôle

299. Complément sur la notion d'équité. Sans entrer dans le détail des pluralités de définitions³ qu'elle aurait pu revêtir, on optera pour l'unicité d'acception proposée par le Professeur ALBIGES, qui met « *en évidence son caractère fondamental : toute référence à l'équité doit être motivée par la recherche d'une solution correspondant aux exigences du cas particulier. Cette référence a en effet pour objet de permettre au juge d'équilibrer une situation en fonction de considérations directement liées à l'espèce, indépendamment des exigences collectives. Inversement, lorsque la notion est revêtue de certaines spécificités du droit légiféré, notamment sa généralité et son abstraction, elle s'écarte de son caractère fondamental* ». Il poursuit ensuite en mentionnant que « *l'équité est ainsi une notion dominée par son caractère intuitif et subjectif. Dès que certaines de ses manifestations prennent la forme d'un principe, elles s'écartent de leur fondement originel, se « cristallisent » et présentent alors les caractères d'une règle, certes non légiférée. Inversement, les manifestations de l'équité qui limitent le recours à la notion au cas d'espèce respectent la nature de la notion : selon la formule du Doyen Carbonnier, toute référence à l'équité peut être à l'origine d'un jugement qui « ne croit pas devenir règle* »⁴ [...] L'apport du recours à la notion réside en effet dans la prise en considération, avec une plus grande acuité, de la recherche d'un équilibre entre intérêts

¹ V. tous les développements relatifs à ce sujet, §243 et suiv.

² Le président CANIVET se demande d'ailleurs : « *Peut-on dire aujourd'hui que nous entendons par le terme d'équité la même chose que les romains ou les révolutionnaires français ? Plus particulièrement, le terme « équité » traduit-il la même idée dans la culture juridique française, imprégnée de la tradition romaine, et dans la culture juridique des pays de common law, qui parlent, eux, de « fairness » ? C'est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui pose aujourd'hui les termes du débat. La culture juridique française n'a pas la même intelligence de l'équité que celle exprimée par le droit européen inspiré de culture juridique anglosaxonne. Elle est comprise comme un principe d'égalité* », et on observe ainsi une nuance, G. CANIVET, loc. cit., p.367. Il achève ensuite son propos en mentionnant, à raison, qu'« *à terme, l'Europe intégrée aura comme interlocuteurs judiciaires des Hauts magistrats communiant à une culture judiciaire commune, fondée – entre autres – sur les valeurs procédurales de l'équité. Elles prendront alors la place qu'elles doivent occuper dans la constitution d'un pouvoir judiciaire européen* » (p.383).

³ Pour un exposé approfondi des différentes acceptions que l'équité prétendrait revêtir, V. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J., 2000. Elles le sont tant d'un point de vue historique (V. p.22 et suiv.) que contemporain (V. p.35 et suiv.). V. aussi, A. LASSALE, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *RDLF* 2018, chron. n°18.

⁴ J. CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, PUF, 26^{ème} édition, 1999, n°9, p.32.

divergents, recherche directement liée à la nécessaire individualisation de la solution qui demeure l'une des particularités de la notion »¹.

Ces définitions permettent de dégager d'autres caractères de la notion, que nous tenterons de recouper avec la distinction entre « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » des lois mais qui ne s'y identifient pas. La distinction entre une équité « supplétive », qui permet au juge de compléter la norme silencieuse ou incomplète, et une équité « correctrice » qui lui permet de la modifier est aussi appropriée, mais ne semble pas se recouper avec la dichotomie précitée. En revanche, la distinction opérée, dans la thèse du Professeur ALBIGES, entre une équité dont les manifestations « se cristallisent » en un principe général, et celles qui limitent la notion au cas d'espèce paraît – on le pressent – plus appropriée à l'aune de la distinction proposée dans la présente thèse. Nous verrons que dans le premier cas, qui correspond à l'acceptation de l'équité inhérente au contrôle du contenu des lois, elle semble stabilisée (1). Au contraire, la seconde acception qui irrigue le contrôle de leur application semble déstabilisante (2).

1/ L'équité stabilisée dans le contrôle du contenu de la loi

300. La stabilité de l'équité dans le contrôle direct du contenu. Lorsqu'il s'agit du contrôle direct du contenu de la norme, on y lit une « cristallisation » de l'équité qui prend effectivement la forme d'une sorte de principe d'inconventionnalité du contenu de la norme. La généralité de l'exclusion de la norme tient en réalité de l'iniquité, voire d'un sentiment d'injustice qui prend la forme d'une violation d'un droit fondamental, constaté dans une multitude de cas particuliers. En effet, lorsque le juge judiciaire constate explicitement et directement que le contenu d'un texte est contraire à un droit fondamental², il lui faut nécessairement prendre en considération les conséquences des nombreuses applications de la norme à tous les litiges³. En ce sens, on peut y voir une résurgence d'une forme d'équité, dans la mesure où un tel contrôle de la loi se justifie par la volonté d'éviter de multiples applications injustes de la règle générale. Toutefois, cette vision de l'équité « s'écarte de son fondement

¹ C. ALBIGES, *op. cit.*, p.331. V. aussi, pour une mise en perspective avec le syllogisme juridique, D. d'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, L.G.D.J., 1994, p.103 et suiv.

² Nous en avons apprécié les contours et manifestations terminologiques *supra*, V. §27 et suivants de la thèse.

³ V. H.-A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Idéalité et réalité du droit. Les dimensions du raisonnement judiciaire*, L.G.D.J., 1980, p.151. L'auteur estime ainsi que « quel que puisse être l'intérêt de cette affaire prise en tant que telle, le droit ne prend sa dimension pleine et entière qu'à travers la signification de cette affaire dans une perspective plus large. C'est encore cette perspective plus large qui n'est pas sans incidence sur le « jugement concret », « en l'espèce », car nous ne sommes précisément pas dans l'ordre de l'équité « pure et simple », même si le droit a pour devoir et pour vocation de promouvoir « l'équité » ».

originel »¹ du fait de la généralité du contrôle exercé. C'est très probablement pour cette raison que le contrôle du contenu de la loi posait moins de difficultés aux observateurs les plus critiques du contrôle de l'application de la loi tel qu'il est pratiqué dans les décisions inspirées de l'arrêt du 4 décembre 2013 : la petite dose d'équité qu'il contient comporte des vertus stabilisantes, par sa généralité², alors même que l'atteinte à la loi est beaucoup plus forte, et dénature bien davantage l'office traditionnel du juge³. La vision de l'équité véhiculée par le contrôle du contenu du texte ne heurtait pas d'ailleurs pas de plein fouet le rôle traditionnel de la Cour de cassation. Opter dès 1975 pour ce type de contrôle, alors même que la Cour européenne procédait différemment, permettait ainsi une intégration plus aisée. Elle est la « forme » d'équité – dans la perspective d'un contrôle de la loi – qui préserve au mieux la norme contrôlée tout en s'adaptant à un système légaliste, ce qui permet de justifier l'évolution législative qu'elle engendre. Une observation similaire peut être formulée lorsqu'il s'agit d'étudier le contrôle indirect du contenu de la loi, et renforce ce sentiment.

301. La stabilité du contrôle indirect du contenu. Une autre forme « cristallisée » d'équité peut être identifiée dans le contrôle indirect du contenu de la loi⁴. Un texte qui en fait l'objet n'est en général pas écarté : sa lecture est simplement éclairée par les droits fondamentaux, qui permettent une interprétation satisfaisant les intérêts d'un ensemble de justiciables. L'équité est dans ce cas un outil d'orientation, et sa fonction correctrice permet la protection du plus grand nombre sans neutraliser la norme, dont le contenu perdure et est modifié directement par le juge : en ce sens, le contrôle indirect du contenu de la loi présente certaines vertus stabilisantes. Prenons l'exemple du transsexualisme, et de l'arrêt du 11

¹ Pour citer à nouveau le Professeur ALBIGE, V. *supra*.

² Le Professeur CHÉNEDÉ estime par exemple qu'« *exercé in abstracto, ce contrôle assurait encore la prévisibilité et l'unité du droit, en évinçant au profit de tous les textes ou les interprétations portant une atteinte excessive aux droits et libertés de chacun* », V. F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142.

³ La critique de ce paradoxe était très justement soulevée par la professeure Pascale DEUMIER, qui mentionnait à juste titre : « *quel contrôle dénature le plus l'office du juge judiciaire ou administratif : celui par lequel, depuis des décennies, il condamne les vues générales du législateur ou celui par lequel, depuis quelques années, il en conteste une application particulière, sans remettre en cause son applicabilité générale ?* », V. P. DEUMIER, *RTD civ.* 2016, p.578. V., pour une appréciation similaire, l'auteur citant d'ailleurs le même passage, J.-P. MARGUÉNAUD, « L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises », *RTDH* 2020/2, p.139. Madame la professeure LARRIBAU-TERNEYRE souligne d'ailleurs que cette inversion des pouvoirs « *n'est pas nouvelle et n'est pas liée au contrôle de proportionnalité in concreto : elle trouve sa source dans le contrôle de conventionnalité lui-même, indépendamment du recours à la technique de la proportionnalité, car il donne au juge le pouvoir d'écarter la loi au nom d'un texte hiérarchiquement supérieur* », V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G.* 2017, n°3, p.46.

⁴ Nous renvoyons une nouvelle fois aux exemples détaillés au sein de la première partie : ils sont suffisamment explicités pour qu'il ne soit pas nécessaire de les citer à nouveau, V. §36 et suivants de la thèse.

décembre 1992¹. Pour rappel, la Cour affirmait que « *lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* ». On y lit l'application d'un contrôle indirect du contenu de la norme, dans la mesure où l'interprétation conforme qui est effectuée n'est pas limitée à l'espèce en cause. Toutefois, la généralité de l'acception est circonstanciée, et implique de se placer dans la situation d'un justiciable qui s'y trouverait confronté. C'est ce qui justifie l'éviction générale de la loi, dans tous les cas similaires visés dans la décision. L'exclusion générale de la norme ne procède en effet que de l'observation des conséquences potentiellement « injustes » que pourrait avoir son application à de multiples cas particuliers, qui sont plus précisément cités dans la décision. Une nouvelle fois, certaines fonctions de l'équité se retrouvent dans ce type de contrôle du contenu, mais sa « cristallisation » l'éloigne de la notion. En ce sens, elle diffère de l'équité déstabilisante qui peut régner dans le contrôle de l'application de la loi.

2/ L'équité déstabilisante dans le contrôle de l'application de la loi

302. L'équité déstabilisante dans le contrôle de l'application de la loi issu de l'arrêt du 4 décembre 2013. Le contrôle de la compatibilité l'application des textes aux droits fondamentaux est effectivement celui qui emprunte le plus les traits – sans s'y identifier, nous insistons² – du « jugement en équité », tel qu'il était perçu par les révolutionnaires. En effet, lorsque le juge écarte le texte parce qu'il estime son application contraire à un droit fondamental, il ne fait qu'« *équilibrer une situation en fonction de considérations directement liées à l'espèce, indépendamment des exigences collectives* »³. Il en corrige par conséquent l'application, en écartant simplement le texte à l'espèce. Dans l'arrêt du 4 décembre 2013, il s'agissait ainsi d'écartier l'empêchement à mariage, pourtant applicable, parce qu'il contrevenait au droit au respect de la vie privée de la requérante, mais uniquement à l'espèce en cause. S'agissant de la décision *Gonzalez-Gomez*, l'interdiction du transport de gamètes en Espagne avait elle aussi été écartée au profit du droit à la vie familiale de la veuve. Dans les

¹ Ass. plén., 11 décembre 1992, n°91-11.900. V., pour davantage de détails, §37 et §253.

² Il faut bien garder à l'esprit, tout au long de ces développements, l'obstacle formel à une assimilation du contrôle de la loi à l'équité : le juge rend sa décision en appliquant un traité international.

³ Selon la définition du Professeur ALBIGES précitée.

deux cas, il s'agissait bien d'éviter les effets injustes de l'application du texte au cas examiné, en l'écartant au nom du respect d'un droit fondamental. L'effet injuste de la norme en question demeure cantonné à son application : cela justifie qu'elle ne soit pas modifiée ultérieurement¹, et que soit proclamée préalablement « le respect du juste » de son contenu². La proximité avec la fonction correctrice de l'équité est ainsi visible dans le contrôle de l'application des lois, et a été abondamment commentée avec un regard plus ou moins critique. Il faut toutefois concéder à ses détracteurs que l'insécurité juridique générée est réelle, dans la mesure où cela pourrait conduire à des divergences de jurisprudence qu'un contrôle léger de la Cour de cassation ne suffirait pas à juguler. Cela justifie la proposition de certains

303. La voie inadaptée de la substitution du contrôle de l'application au contrôle indirect du contenu. Les vertus stabilisantes du contrôle indirect du contenu de la loi sont inspirantes auprès des plus réticents au contrôle de l'application des lois tel qu'il est exercé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 décembre 2013 ou par le Conseil d'État dans l'arrêt du 31 mai 2016³. Il nous faut mentionner les propos du Professeur CHÉNEDÉ qui propose d'abandonner « *l'équité-bienveillance au profit de l'équité-jurisprudence, de remonter du concret vers l'abstrait, en établissant, à partir mais au-delà de l'affaire litigieuse, pour le cas et non pour l'espèce, les conditions objectives de l'éviction de la loi* »⁴. L'objectif affiché est « *d'assurer le respect de la Convention EDH tout en préservant la prévisibilité et l'unité du droit français. Elles redonneraient par la même occasion à la Cour de cassation la place qui n'aurait jamais dû cesser d'être la sienne : non pas celle d'un intermédiaire passif entre deux juges du cas, mais celle d'un co-auteur actif de la règle de droit* »⁵. La proposition est louable,

¹ Nous l'avons montré *supra*, elle est ainsi renforcée. V. §262 et suiv. de la thèse.

² Cet aspect justifie notre proposition d'un contrôle systématique du contenu de la norme lorsqu'un contrôle de son application est exercé. V. §267 et suiv. de la thèse.

³ Nous renvoyons une nouvelle fois à deux études du Professeur CHÉNEDÉ sur cette question, V. F. CHÉNEDÉ, « Le droit civil, au naturel », *RTD Civ.* 2020, p.506 d'abord, puis dans la même lignée, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142. V. aussi, dans un sens similaire, F. ROUVIÈRE, « Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2021, p.741.

⁴ F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142.

⁵ F. CHÉNEDÉ, *ibid.* Il faut toutefois noter que le Professeur DUPRÉ DE BOULOIS avait déjà, il nous semble, évoqué l'hypothèse. Il mentionnait ainsi, comparant le contrôle de l'application de la loi nouvellement exercé au contrôle indirect de son contenu, que « *dans les deux cas, il s'agit pour le juge d'écarter l'application d'une norme législative définissant une prohibition dès lors que sa mise en œuvre porte in casu une atteinte excessive à un droit conventionnel du requérant. L'arrêt Gonzalez Gomez aurait pu être rédigé sur la base des mêmes principes que l'arrêt Bitouzet* » [NB : dans lequel une forme de contrôle indirect du contenu de la norme telle qu'évoquée, que l'auteur qualifie « d'interprétation conforme »]. V., pour la citation, X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le conseil d'État ? », CE 10^{ème} et 9^{ème} réunies, 28/12/2017, n°396571, *RLDF* 2018, chron. n°4 ; V. aussi, déjà, du même auteur, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n°08. L'auteur propose d'ailleurs une reformulation intéressante de la décision

et aurait presque pu emporter notre adhésion. Toutefois, il nous semble qu'elle ne pourrait conduire qu'à deux issues. En effet, soit elle impliquerait l'abandon du contrôle de l'application de la loi tel qu'il est défini dans le présent travail doctoral, au profit du contrôle indirect du contenu « circonstancié » : cela impliquerait une modification générale de la norme, ce qui signifie que le droit français se priverait de tous les bénéfices des effets limités du contrôle de l'application de la loi que nous avons ciblés. Soit, il s'agirait d'ajouter une réserve d'interprétation circonstanciée mais laissant une trop large marge d'appréciation au juge : par exemple, sur le modèle de l'arrêt du 4 décembre 2013, selon la formule « l'empêchement à mariage imposé par l'article 161 du Code civil n'est susceptible d'être écarté que lorsqu'une atteinte au droit à la vie privée et familiale d'un des époux peut être constatée ». Quitte à définir ensuite les grands critères à prendre en considération pour caractériser l'atteinte, ce qui reviendrait *in fine* à effectuer un contrôle de l'application de la loi. Nous nous rangeons toutefois sur ce point à l'avis du Professeur DUPRÉ DE BOULOIS, qui estime à juste titre qu'« *il convient de ne pas se laisser abuser par cet artifice : il est bien question d'une interprétation contra legem et d'écarter la prohibition inscrite dans la loi au regard des données d'un litige concret et afin de tenir compte des dispositions de la CEDH. Il peut donc paraître surprenant de préconiser le recours à [un contrôle indirect et concret du contenu de la loi] pour réfuter la mise en œuvre d'une technique qui produit le même résultat, l'artifice en moins* ». De surcroît, le peu de décisions dans lesquelles le contrôle conduit à l'éviction circonstanciée de la norme est de nature à rassurer¹. L'instabilité générée ne doit toutefois pas être niée, et les propos précédents illustrent les difficultés d'intégration du contrôle par le juge judiciaire de l'application de la loi au sein du système français. Cependant, un encadrement de la méthode de contrôle et des acteurs qui la pratiquent devrait permettre d'y pallier.

Gonzalez Gomez, à l'aune de cette mutation. Pour les références de la décision dont il prend exemple, V. CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n°158592.

¹ Les propos de la professeure LARRIBAU-TERNEYRE, qui estimait qu'« *à cet égard la décision du 9 novembre 2016, comme les décisions précédentes du 6 juillet et 5 octobre 2016 sont de nature à rassurer : le contrôle in concreto ne conduit manifestement pas à l'éviction systématique de l'application de la loi au nom des intérêts particuliers* » ont été confirmés par l'observation de la jurisprudence postérieure. V. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

304. Si les craintes du législateur révolutionnaire à l'égard du juge judiciaire pouvaient paraître fondées, il semble aujourd'hui qu'elles soient dépassées. Loin d'être un outil d'émancipation de la loi confié au juge judiciaire, le double contrôle de conventionnalité confié au juge judiciaire a plutôt permis au droit français d'intégrer des logiques démocratiques inspirées des pays de *common law*. Sans être une résurgence des arrêts de règlement, ni un jugement rendu en équité, la décision contrôlant le contenu ou l'application des lois permet au juge de pallier les carences d'une norme écrite, tout en étant légitimée par l'action législative postérieure. Le contrôle de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux d'origine conventionnelle engendre donc évidemment des mutations du droit français, désormais hybride. Elles vont dans le sens de l'affirmation d'une véritable démocratie judiciaire et qui illustrent la construction progressive d'un système juridique de droit continental qui a su intégrer une partie des logiques étrangères, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Malgré ce constat plutôt positif, il semble que cette intégration se heurte à certaines contraintes textuelles. Ces dernières, mises en exergue par une volonté datée de brider l'autorité judiciaire, sont un frein à la pleine expression du nouveau pouvoir que le juge judiciaire, particulièrement la Cour de cassation, est contraint d'exercer, mais aussi et surtout à son encadrement et sa stabilité. Elles justifient une évolution législative, même marginale, qui inspire les propositions qui seront soumises à l'appréciation du lecteur à l'issue de ce travail de thèse.

CONCLUSION DU TITRE 1

305. L'étude des diverses décisions qui concernent tant le contrôle de la compatibilité du contenu que de l'application de la loi conduit au constat quasi-systématique du renforcement de cette dernière. La dichotomie entre « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » de la loi, centrée sur l'objet et les effets de la norme, couplée à l'identification de leur caractère concret ou abstrait, semble pleinement opératoire pour en décrire les bienfaits.

306. En effet, que le contenu de la norme soit jugé compatible ou incompatible, ou que le contrôle de son application conduise à l'appliquer ou l'écarter, elle tantôt préservée, tantôt améliorée. Chaque forme de contrôle prend ainsi une dimension particulière au regard de ses effets. D'abord, s'agissant du contrôle direct du contenu de la loi, il conduit le plus souvent au constat de la compatibilité du texte, et permet de lui accorder un « brevet de conventionnalité », qui la préserve de potentielles atteintes postérieures. Lorsqu'il conduit à l'incompatibilité, il permet au contraire d'envoyer un signal fort au législateur, en vue de l'inciter à modifier la norme. Ensuite, le contrôle indirect de la compatibilité du texte permet au contraire, dans la majorité des cas, d'identifier une incompatibilité du texte : cette méthode de contrôle, par le biais d'une interprétation conforme aux exigences conventionnelles, permet d'amender la loi, de l'adapter, notamment lorsque l'incompatibilité a préalablement été dénoncée par la Cour européenne des droits de l'homme, ou sanctionnée par une décision du Conseil constitutionnel. Le juge peut ainsi anticiper l'action du législateur, et l'aiguiller lorsqu'il devra ultérieurement modifier la loi. Enfin, lorsqu'il contrôle l'application de la loi à l'espèce, dans l'immense majorité des cas elle n'est pas écartée : ce type de contrôle demeure un outil de modération de la règle générale, qui conduit systématiquement à valider le contenu du texte, et donc à le protéger ; tout en ne l'écarter que dans les rares circonstances dans lesquelles l'excessivité des conséquences de son application n'avait pas été mesurée par le législateur.

307. Fruit de la synthèse entre des logiques propres au système français de droit français et aux droits inspirés des pays de *common law*, une réelle complémentarité des sources peut ainsi être constatée : loin des méfiances initiales des révolutionnaires envers le juge, ce dernier peut être désormais perçu comme une figure centrale de la démocratie, qui rend, au nom du peuple français, des décisions qui protègent ce dernier des atteintes à ses droits fondamentaux. Le juge judiciaire satisfait par ce biais un idéal de justice, qui prend des dimensions diverses et

emprunte par ce biais certains des caractères du jugement en équité, sans toutefois s'y identifier dans la mesure où il demeure soumis à la contrainte conventionnelle que lui a imposé le pouvoir politique.

308. Ces divers aspects justifient notre volonté de préserver la dualité des contrôles de la loi, qui semblent permettre au mieux son adaptation, et s'inscrire durablement au sein d'une démocratie et d'un système juridique en mutation. Cela justifiera notre volonté de consacrer textuellement la possibilité pour le juge judiciaire d'exercer le double contrôle de la loi. Elle se cantonnera toutefois à la saisine pour avis, qui permet une inclusion douce et confie à la Cour de cassation le pouvoir de contrôler l'application de la loi¹, en vue notamment d'encadrer le contrôle pratiqué par les juges du fond. Les instabilités qu'engendrent le double contrôle de la loi semblent, en effet, nécessiter certains encadrements.

¹ Cela justifie l'intégration, au sein de notre proposition, d'un contrôle explicite de l'application de la loi, dans le seul cadre de la saisine pour avis. La formulation « contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application » de la loi a été choisie pour cette raison au sein de la proposition de modification de l'article L441-4-1 du Code de l'organisation judiciaire, visible en annexe 1.

TITRE 2 – Les nécessités d’encadrement du double contrôle

309. Certes, le contrôle de la compatibilité de la loi aux droits d’origine conventionnelle comporte un certain nombre de bienfaits, renforcés par l’introduction du contrôle de leur application. L’intégration en droit français du contrôle de conventionnalité pratiqué par les juges ordinaires ne s’est traduite par aucun texte. Or, nous l’avons montré, elle suppose pourtant un très profond changement des logiques démocratiques du système juridique français. Il est ainsi assez paradoxal que le législateur et le constituant dérivés se soit pleinement saisis du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, sans se préoccuper du contrôle de conventionnalité. Or – sans qu’il ne soit nécessaire de légiférer sur tous les aspects des contrôles exercés par les juges ordinaires – une réelle réflexion est indispensable quant à leur encadrement. Il peut bien évidemment être laissé à la discrétion du juge judiciaire qui le pratique, mais ce dernier, et particulièrement la Cour de cassation, demeure textuellement cantonné à un rôle interprétatif. L’équilibre inter-juridictionnel, la cohérence du système de protection des droits fondamentaux et la stabilité de la norme juridique dépendent pourtant directement des pratiques du juge judiciaire. L’encadrement doit être étudié selon deux aspects. Il doit d’abord concerner les méthodes de contrôles pratiquées, quel que soit le juge qui l’exerce (Chapitre 1). Il doit toutefois aussi s’accompagner, pour être pleinement efficace, d’un encadrement des acteurs dudit contrôle (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'encadrement des méthodes de contrôle de la loi

310. L'encadrement des méthodes de contrôle de la loi implique nécessairement une réflexion sur la motivation des décisions du juge qui exerce un contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application de la loi. Les propos qui suivront ne doivent ainsi pas occulter la nécessité d'une certaine concision. À ce titre, on citera le juge Pierre MIMIN, qui donnait une leçon intéressante sur le style des jugements, dans un ouvrage sobrement intitulé similairement¹ : « *Celui qui rédige un jugement évite donc la diffusion, les détails oiseux, la répétition d'idées², les réflexions puériles, les considérations éloignées du débat. Presque nécessairement marqué de sécheresse, le style judiciaire donnerait vite l'impression de la platitude, voire de la niaiserie, si on s'aventurait dans une narration trop développée. Aussi s'attache-t-on à n'écrire que le nécessaire* »³. Nous tâcherons donc, dans le présent développement, à n'évoquer que ce qui nous semble nécessaire à la rédaction d'un jugement ou d'un arrêt dans lequel figure un raisonnement en conventionnalité. À l'aune du contrôle de l'application des lois, de la multiplication des juges du contrôle de la loi, et de l'invocation croissante des droits fondamentaux, une réelle réflexion sur la motivation doit être menée. Elle ne peut que résider par la nécessité de structurer le contrôle de conventionnalité, en vue de conduire à une uniformité décisionnelle tant entre les chambres de la Cour de cassation, qu'entre les juges du fond, et à un renforcement de leur autorité. La structuration du contrôle de conventionnalité découle toutefois de méthodes acquises de manière empirique, et apparaît complexe (Section 1). C'est en revanche moins le cas, du moins à première vue, s'agissant de l'instauration d'une certaine continuité décisionnelle (Section 2).

¹ P. MIMIN, *Le style des jugements*, Juris-classeurs, éditions Godde, 1927.

² Il ajoutait d'ailleurs préalablement que le jugement sse doit d'user de termes précis, V. *op. cit.*, p.108. Il énonce ainsi que « *de forts aimables gens ne peuvent vous présenter leurs vœux sans y ajouter leurs souhaits. Ce culte du pléonasmisme les prépare mal au style du Palais qui réclame la précision. Le langage du juge rejette les pléonasmes vicieux, la battologie, les mots surabondants, les conjonctions multiples, les épithètes qui prétendent sans nécessité orner un substantif ennemi, tous les parasites* ». Citant un arrêt qui « *expose du fait et du droit [et qui] ne présente pas un seul terme inutile* », il en apprécie les mots « *serrés et convenants [...] qui donnent à chaque phrase le maximum de densité* ». On observera d'ailleurs que, dans cet état d'esprit, la suppression du mot « concrètement » dans toutes les décisions de la Cour de cassation dans lesquelles il est utilisé, ne nuirait en rien à leur compréhension. En cela, il ne semble donc pas être un critère central du contrôle, il n'en est qu'un caractère.

³ *Op. cit.*, p.108.

Section 1 : La structuration complexe du contrôle de la loi

311. Le contrôle de conventionnalité se doit d'être structuré, tout en prenant en considération sa double nature. Le contrôle du contenu de la loi, et celui de son application, ne sauraient donc comporter des éléments en tous points similaires, dans la mesure où leurs effets diffèrent. Cela n'est toutefois pas un frein à l'identification d'une structure commune au double contrôle (I). C'est en revanche au niveau du contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire que des différences seront identifiables entre contrôle du contenu et de l'application, ce qui lui donne une nature protéiforme (II).

I. Une structure commune au contrôle du contenu et de l'application de la loi

312. Qu'il s'agisse du contrôle du contenu ou de l'application des lois, une identité de méthode semble progressivement se dégager, ou *a minima* un tronc commun dans les décisions de l'ordre judiciaire. La structure des décisions de la Cour de cassation tend à l'harmonisation, dans la mesure où elle est le fruit d'une très profonde et construite réflexion sur la motivation de ses décisions (A). Toutefois, cette structure décisionnelle s'inspire du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'est pas toujours évident à appréhender, alors même qu'elle devrait irriguer tant le contrôle du contenu que de l'application des lois. Certaines difficultés liées au contrôle de proportionnalité qu'elle pratique surviennent (B).

A/ Une réflexion menée en profondeur par la Cour de cassation

313. La Cour de cassation, pleinement consciente de l'évolution de son office, que ce soit à l'aune du contrôle de conventionnalité, ou plus largement du contrôle de proportionnalité quels que soient ses aspects, a mené une profonde réflexion sur l'évolution de la motivation de ses décisions. Ainsi, elle a construit un véritable canevas à destination des décisions dans lesquelles est exercé un contrôle de conventionnalité (1), dont on identifie déjà les premières applications (2).

314. Une uniformisation de la méthode de contrôle. De nombreuses propositions sont faites au sein du rapport d'avril 2017¹ de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation. Toutefois, le propos sera concentré sur celle qui traduit l'inspiration la plus manifeste de la CourEDH, à savoir la proposition n°36². Cette dernière préconise : « *pour tous les arrêts aux termes desquels est mis en œuvre un contrôle de proportionnalité, appliquer la note méthodologique intégrée au présent rapport élaborée dans le cadre de la commission de réflexion et harmoniser les pratiques des chambres quant à l'exercice de ce contrôle, tant sur la méthode que sur le fond, afin de dégager progressivement une « doctrine de la proportionnalité » de la Cour de cassation* ». La proposition englobe ainsi tous les types de contrôles de proportionnalité, et concerne donc aussi celui pratiqué dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité. Ainsi, l'objectif affiché est que chaque chambre adopte la même méthode lorsque l'application de la norme sera contrôlée au regard d'un droit fondamental contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme. La « *note méthodologique* » devrait constituer un guide pour la totalité des hauts magistrats certes, mais cible aussi les juges du fond. La diffusion de la méthode européenne est donc manifeste, et pourrait être imposée à tous les juges qui auraient vocation à contrôler la norme.

315. Une motivation enrichie à destination de la CourEDH. Selon le juge André POTOCKI, malgré la tolérance que peut avoir la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant des motivations lapidaires de la Cour de cassation, qu'elle apprécie de manière flexible, eu égard à la tradition juridictionnelle française, il n'en demeure pas moins qu'elle « *renforce son exigence de motivation [dans le cas des] réponses à un moyen tiré de la Convention* »³. Il ajoute ensuite que « *la manière dont la Cour de cassation motive actuellement ses arrêts affaiblit considérablement leur force de conviction* » et « *qu'il est même parfois difficile d'expliquer les décisions de la Cour de cassation aux autres juges de la Cour* ». Il continue en soutenant que « *la forme actuelle des arrêts est peu adaptée à la mise en œuvre d'un véritable contrôle de proportionnalité et affaiblit l'influence de la Cour de cassation dans le débat devant la CourEDH* ». Une motivation enrichie aurait ainsi pour vertu d'être beaucoup

¹ Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation.

² Rapport de 2017 préc., p.170.

³ Compte-rendu préc. p.3.

mieux comprise et appréhendée par les juges strasbourgeois¹, puisqu'un rapprochement de méthodes permettrait à la juridiction européenne de confirmer beaucoup plus facilement l'arrêt rendu par les hauts magistrats de l'ordre judiciaire. L'objectif est ainsi de nouer « *un dialogue concret et substantiel [...] entre le juge interne et la CourEDH* ». L'inspiration européenne est donc manifeste, puisqu'elle est véritablement au cœur de l'argumentation développée en faveur d'une évolution de la motivation des arrêts de la Cour de cassation. La méthode développée dans les arrêts qui seraient postérieurement rendus devrait donc s'inspirer des préconisations du rapport, des solutions assez concrètes étant formulées dans ce sens. Un autre rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation, présidée par le juge POTOCKI a d'ailleurs été publié postérieurement, en juillet 2021, intitulé « Cour de cassation 2030 », et suit les mêmes inspirations. Parmi les défis qui justifient une réforme, est ainsi cité le renouveau des droits de l'homme et plus particulièrement la primauté conventionnelle². Plusieurs étapes de raisonnement sont préconisées.

316. Quatre étapes communes aux deux contrôles., L'objectif affiché est, pour rappel, « *la construction progressive d'une doctrine du contrôle de proportionnalité* »³. Dès le début des développements qui concernent ce sujet, le contrôle de conventionnalité pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme est étudié assez en détail, et l'inspiration est ainsi clairement explicitée⁴. Les différentes étapes de la méthode pratiquée par les juges strasbourgeois sont détaillées, le rapport mentionnant⁵ qu'on peut les décomposer en cinq questions à se poser, dont quatre sont communes au contrôle du contenu et de l'application des lois, qui seront reprises telles qu'exposées au sein du rapport⁶.

¹ Tout autant que par les justiciables, dans la mesure où l'objectif affiché est aussi de rendre les décisions judiciaires plus lisibles et compréhensibles. La question est d'ailleurs évoquée dans un titre consacré à leur compréhension et à leur diffusion. V. rapport préc., p.129 et suiv.

² V. le rapport de la commission de réflexion de la Cour de cassation, « Cour de cassation 2030 », juillet 2021, site internet de la Cour de cassation, spéc. 1.2.1.2.2, p.28.

³ Rapport préc. p.158 et suiv.

⁴ Il est expliqué que la notion est plurielle, et le contrôle de conventionnalité tel que pratiqué par la Cour européenne est situé au I. du §1 de la section 1 du Chapitre, ce qui montre que les rédacteurs du rapport en font la source principale du contrôle. V. H. FUCLHIRON, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.251.

⁵ Le rapport s'appuie sur le compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. POTOCKI, à l'époque juge à la Cour européenne, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, site internet de la Cour de cassation.

⁶ Elles sont introduites selon la présentation suivante :

« *La structure de ces droits commande le contrôle à opérer par un enchaînement de questions pertinentes.*

1. *Le droit invoqué est-il applicable ? [L'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droits protégés par la Convention]*

2. *La mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ?*

D'abord, le droit invoqué est-il applicable ? Ou, autrement dit, l'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droit protégés par la Convention ?

Ensuite, la norme ou la mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ? Puis, cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ?

Après cela, le but poursuivi par la norme est-il « légitime » ?

Et enfin, la question au cœur du contrôle de proportionnalité : l'ingérence est-elle un moyen proportionné (« nécessaire dans une société démocratique ») pour parvenir à ce but ? La distinction entre le contrôle du contenu et de l'application des lois est ensuite explicitement effectuée, et en réalité, seul « *le contenu de la cinquième étape diffère* »¹. La structure générale est donc bien commune aux deux contrôles, les cinq étapes se retrouvent bien dans les deux cas, seule la nature du contrôle de proportionnalité peut différer et différencie le contrôle du contenu du contrôle de l'application des lois. Elle sera donc évoquée lorsque seront étudiées les particularités propres à chaque type de contrôle. La méthode de contrôle de la CourEDH est ainsi décortiquée, pour qu'elle puisse se retrouver au sein des arrêts de la Cour de cassation. En effet, il est aussi exposé dans un compte-rendu sur lequel le rapport s'appuie « *que la motivation concise des arrêts de la Cour de cassation est une spécificité souvent relevée à la Cour EDH, notamment à l'occasion de l'examen des requêtes déposées contre la France lorsque celles-ci font suite à une décision de la Cour de cassation* »². L'enjeu sera donc de la faire évoluer, ce qui se ressent déjà dans plusieurs décisions de la Cour de cassation.

3. Cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ?

4. Le but poursuivi est-il "légitime" ?

5. L'ingérence est-elle un moyen proportionné ("nécessaire dans une société démocratique") pour parvenir à ce but ?

[M. Potocki précise que], confrontée à un moyen tiré de la Convention, la Cour de cassation doit intégrer dans sa motivation la structure du droit invoqué, à défaut, la Cour EDH peut difficilement trouver dans la décision un appui suffisant pour écarter l'allégation de violation ».

À noter par ailleurs que ces 5 étapes sont ensuite détaillées à destination des juges du fond, au sein du *memento* diffusé à destination des juges du fond, V. *Memento* du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2018, site internet de la Cour de cassation, spéc. p.15 à p.22. Il y est d'ailleurs mentionné qu'il s'agit de rappeler « *par une proposition de trames, les différentes étapes du raisonnement caractérisant l'office du juge lorsqu'il doit effectuer un contrôle de conventionnalité de la norme et/ou de son application dans les circonstances de l'espèce ou encore lorsqu'entrent en conflit deux droits fondamentaux concurrents. De ce point de vue, il ne devrait pas y avoir de différence fondamentale entre les décisions des juges du fond et celles de la Cour de cassation* » (p.15, §67 et 68).

¹ Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation, p.160.

² Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. POTOCKI, juge à la CourEDH, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, site internet de la Cour de cassation, p.1.

317. Une structure utilisée avant la publication du rapport. Il convient de mentionner que la plupart des illustrations de cette méthode sont observées lorsqu'est pratiqué un contrôle de l'application des lois, parfois couplé avec un contrôle de leur contenu. Dans un arrêt du 9 novembre 2016¹, la première chambre civile étoffe bien davantage sa motivation, si bien qu'on peut percevoir dans la structure même de la décision l'inspiration de la méthode européenne. Il s'agissait d'une action en recherche de paternité intentée en 2011 par un enfant né en 1962 à l'égard de son père, qui avait par ailleurs aussi eu une fille. Ces derniers s'opposent à ce que le lien de filiation soit établi, tandis que le demandeur au pourvoi qui souhaiterait le contraire est confronté à la prescription de l'action. En effet, le délai d'exercice de l'action était de deux ans, et l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005² qui le portait à 10 ans ne lui a pas non plus permis de l'exercer³. Il en conteste la conventionnalité tant sur le terrain d'un contrôle abstrait que concret. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation adopte une motivation plus approfondie, et on peut y retrouver les différentes étapes précitées. En effet, elle reprend d'abord le contenu du texte en cause, puis l'article 8 de la CEDH, et montre ainsi en creux que le droit invoqué est applicable au litige, respectant donc la première étape du contrôle citée *supra*. Ensuite, les hauts magistrats en déduisent que « l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par ce texte » : la seconde étape est donc mise en œuvre, par la caractérisation de l'ingérence de la mesure contestée dans ce droit. Concernant la troisième étape, celle qui consisterait à établir que l'ingérence a une base légale claire et accessible en droit interne, elle est aussi mentionnée en creux, la Cour détaillant le contenu de la norme, de façon très explicative⁴. Puis, quatrième étape, elle évoque la légitimité du but

¹ Civ. 1^e, 9 novembre 2016, n°15-25.068, *D.* 2016, p. 2337, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.* 2017, p. 470, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *ibid.* p. 729, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2016, p. 601, obs. M. SAULIER ; *RTD civ.* 2017, p. 111, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2017, 46, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Dr. fam.* 2017, n° 9, note H. FULCHIRON ; *Gaz. Pal.* 2017, n°14, p. 55, obs. J. WASZEK ; *EDFP* 2017, n°1, p. 3, L. MAUGER-VIELPEAU.

² Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

³ Les dispositions transitoires prévoyaient en effet que les enfants devenus majeurs moins de 10 ans avant l'entrée en vigueur de la réforme pouvaient se voir appliquer le nouveau délai de 10 ans, et que ne leur soit ainsi pas opposée la forclusion qui aurait dû se déduire de l'ancien délai. Or, l'enfant était devenu majeur en 1980, soit 25 ans avant, et ne pouvait donc pas en bénéficier.

⁴ Elle expliquait plus haut « que, selon l'article 321 du code civil, sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté ; qu'à l'égard de l'enfant, le délai de prescription est suspendu pendant sa minorité ». Puis elle continue en mentionnant « qu'ainsi, le point de départ du délai de prescription de l'action en recherche de paternité exercée par l'enfant majeur se situe au jour

poursuivi par la norme, en indiquant qu'elle « *poursuit un but légitime en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique* ».

Les quatre premières étapes de la méthode de contrôle, communes au contrôle de la loi et de son application, sont ainsi plutôt bien mises en valeur, et ce tant au niveau du contenu que de la structure des attendus de la décision. L'inspiration de la méthode européenne précitée est flagrante, et ne s'arrête pas là puisqu'ensuite, pour la dernière étape, la Cour de cassation va opérer explicitement un double contrôle de proportionnalité de l'ingérence au but poursuivi, d'abord du contenu de la norme, puis de son application, ce qui sera évoqué *infra*. D'autres exemples peuvent être mentionnés.

318. Exemple en matière de mariage. La première chambre civile avait adopté une méthode proche de celle décrite dans le rapport dans une décision du 8 décembre 2016¹. En l'espèce, il s'agissait d'un homme ayant épousé la fille de son ex-épouse, née d'une précédente union. L'époux décède, et ses autres ayants droit assignent la veuve en nullité du mariage sur le fondement de l'article 161 du Code civil, qui le prohibe. La Cour d'appel prononce la nullité du mariage, si bien que la veuve se pourvoit en cassation, tant sur le fondement d'une atteinte disproportionnée au droit au mariage issu de l'article 12 de la CEDH, que sur le fondement du respect du droit à la vie privée et familiale de l'article 8 du même texte, le mariage ayant été célébré sans opposition et ayant duré 8 ans. La Cour de cassation rejette le pourvoi en exerçant son contrôle sur les deux fondements, après avoir préalablement cité la prohibition posée par le code.

Concernant l'atteinte à l'article 12, elle en constate l'applicabilité en le citant, et reprend ensuite l'appréciation de la Cour européenne en matière de droit au mariage pour en préciser les contours. Elle estime ainsi que « *les limitations [au droit au mariage] résultant [des lois nationales] ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même* ». Elle conclut ensuite qu'en réalité, il n'y a pas eu d'ingérence au droit au mariage par le texte en soutenant que « *le droit [de la requérante et de son défunt mari] de se marier n'a pas été atteint, dès lors que leur mariage a été célébré sans*

de sa majorité ». Enfin, elle termine en mentionnant en détail les mécanismes tirés de l'ancien délai applicable et des dispositions transitoires posées par l'ordonnance de 2005.

¹ Civ. 1^{er}, 8 décembre 2016, n°15-27.201, *D.* 2016, p. 2568, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid.* 2017, p. 470, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *ibid.* p. 656, note H. FULCHIRON ; *ibid.* p. 953, note F. CHÉNEDÉ ; *AJ fam.* 2017, p. 71, obs. J. HOUSSIER ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2017, n° 24, note J.-R. BINET ; *ibid.*, n° 25, avis L. BERNARD de la GATINAIS ; *JCP G* 2016, 1382 ; *ibid.* 2017, p. 166, J. HAUSER ; *ibid.* p. 186, M. LAMARCHE ; *Gaz. Pal.* 2017, n°14, p. 43, obs. S. HAMOU ; *LPA* 2017, n°50, p. 8, obs. M. MORIN et P.-L. NIEL.

opposition et qu'ils ont vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux ». Inutile donc d'aller plus loin dans le contrôle de conventionnalité, point de contrôle de proportionnalité concernant ce droit¹.

Les hauts magistrats poursuivent sur le moyen tiré de la violation de l'article 8, en le citant, ce qui sous-entend que l'atteinte alléguée entre bien dans le champ des droits protégés par la Convention. La « première étape » du contrôle de conventionnalité tel que pratiqué par les juges de Strasbourg est ainsi respectée, et il en va de même pour les trois suivantes : elle considère que la norme est bien constitutive d'une ingérence du droit contenu dans l'article 8, que cette dernière a une base légale claire et accessible en droit interne, et qu'elle poursuit un but légitime. En effet, elle les mentionne au sein d'un même attendu en soutenant « *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 est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et 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 formule est brève, mais il n'en demeure pas moins qu'on distingue sans grande difficulté l'effort de méthode.

319. Une structure reprise en matière de filiation. C'est encore une fois une affaire qui avait attiré à une action en contestation de paternité qui a permis à la Cour de cassation de se réessayer à la nouvelle structure de ses arrêts, dans un arrêt du 7 novembre 2018². Les faits sont assez similaires à ceux des précédentes affaires : une fille, après le décès de ses parents légaux, apprend par le biais d'un testament authentique qu'un autre homme avait reconnu sa paternité à son égard. Elle assigne ses frères et sœurs légaux, et les filles de son potentiel père biologique, d'une action en contestation de paternité de son père légal et en établissement celle de celui dont elle revendique la filiation. La Cour d'appel déclare l'action en contestation de paternité irrecevable car prescrite, et rejette par voie de conséquence la demande d'expertise qui visait à faire établir sa filiation, satisfaisant ainsi les filles du défunt, si bien que la demanderesse se pourvoit en cassation. Elle invoque l'article 8, §1 de la Convention européenne et demande que soit pratiqué un contrôle de l'application de la loi. La Cour de cassation rejette encore le

¹ Pour un autre exemple, V. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2018, n°17-22.934.

² Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2018, n°17-25.938, *AJ fam.* 2018, p.685, obs. J. HOUSIER ; *RTD civ.* 2019, p.87, note A.-M. LEROYER ; *D.* 2019, p.663, chron. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* p.505, chron. M. DOUCHY-OUODOT ; *Dr. fam.* 2019, n°2, comm. 27, note H. FULCHIRON ; *Procédures* 2019, comm. 17, note M. DOUCHY-OUODOT ; *Gaz. Pal.* 2019, n°14, p.69, obs. M. BOISNARD ; *ibid.* 2018, n°40, p.41, note C. BERLAUD ; *LEFP* 2018, n°11, p.1, note A. BATTEUR.

pourvoi, mais cette fois elle motive sa décision de manière plus détaillée dans la plupart des étapes, ce qui s'explique probablement par le fait que la décision intervient postérieurement au rapport rendu en avril 2017, la note explicative ayant ainsi été davantage explicitée. Après avoir détaillé le contenu des textes dont la conventionnalité était remise en question et les avoir appliqués à la situation factuelle, ce qu'elle avait moins fait dans l'arrêt de novembre 2016, les magistrats du quai de l'Horloge citent l'article 8 de la CEDH. Cette fois, ils ajoutent ensuite la précision que « *ces dispositions sont applicables en l'espèce dès lors que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* ». Cela permet d'expliciter très clairement la première étape, et répondre directement à la question : « le droit invoqué est-il invocable ? L'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droits protégés par la Convention ? ».

Elle poursuit ensuite, comme elle l'avait fait dans l'arrêt précité, en soutenant que « *l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée* », ce qui permet de répondre à la deuxième question : « la mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ? ». La troisième étape, consistant à répondre à la question « cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ? », et aussi explicitée par la formule « *cette ingérence est, en droit interne, prévue par la loi, dès lors qu'elle résulte de l'application des textes précités du code civil, qui définissent de manière claire et précise les conditions de prescription des actions relatives à la filiation* », dont elle avait bien précisé le contenu au préalable. L'exigence de clarté est donc bien dégagée¹. Elle répond aussi concernant la condition d'accessibilité, ce qu'elle n'avait pas fait en 2016, en mentionnant « *que cette base légale est accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets* ».

Puis elle distingue formellement, par un attendu cette fois indépendant², l'étape consistant à répondre à la question « le but poursuivi est-il légitime ? », par la formulation suivante : « *elle poursuit un but légitime, au sens du second paragraphe de l'article 8 précité, en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique* ». Les quatre premières étapes sont donc respectées beaucoup plus rigoureusement que dans l'arrêt rendu deux ans auparavant, suivant

¹ Pour un exemple d'absence de contrôle pour ce motif, V. Soc., 23 janvier 2019, n°17-19.393. La Cour estime en effet que « *l'obligation de l'employeur de supporter les conséquences financières résultant de l'absence de respect de dispositions d'ordre public se rapportant à la durée du travail à temps partiel, ne peut, en l'absence de base suffisante en droit interne, constituer l'atteinte à un « bien » au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention* ».

² Contrairement à la décision de 2016 où l'étape n'était pas formellement distinguée, même si elle l'était sur le fond.

à la lettre la notice explicative. On voit ainsi que la méthode inspirée de celle pratiquée par la CourEDH et préconisée par le rapport de 2017 est scrupuleusement suivie, bien davantage que dans tous les arrêts précédents. Cette structure détaillée est d'ailleurs aussi reprise dans des arrêts plus récents, la structuration en paragraphes permettant de mieux apprécier les différentes questions auxquelles le juge doit répondre pour pratiquer son contrôle.

320. Une reprise postérieure à la structuration en paragraphes. De nombreuses décisions rendues à partir de l'année 2020 suivent désormais une structuration en paragraphes, ce qui facilite l'étude des différentes étapes du contrôle, conformément au rapport précité. Par exemple, dans un arrêt du 14 octobre 2020¹, là encore rendu en matière de contestation d'une action en reconnaissance de paternité, la structuration est d'autant plus flagrante. Après avoir cité la Convention de New York (§18) puis la Convention européenne des droits de l'homme (§19), ce qui répond implicitement à la première étape du contrôle, elle poursuit au sein du même paragraphe en mentionnant que « *si l'action en contestation de paternité et la décision d'annulation d'une reconnaissance de paternité en résultant constituent des ingérences dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, elles sont prévues par la loi, à l'article 332, alinéa 2, du code civil précité, et poursuivent un but légitime en ce qu'elles tendent à permettre l'accès de l'enfant à la réalité de ses origines* » (§20). Elle mentionne ainsi les réponses aux trois autres questions. C'est aussi le cas de l'arrêt du 2 décembre 2020² où il s'agissait d'une possession d'état. Dans cet arrêt, il nous semble que la réponse à la première question « le droit invoqué est-il invocable », trouve une réponse bien plus explicite. En effet, la Cour estime que les dispositions de l'article 8 de la Convention « *sont applicables en l'espèce dès lors que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* » (§9). Les trois autres étapes sont ensuite explicitées dans les paragraphes suivants³. Enfin, une structuration similaire peut être observée dans un arrêt du 27 janvier 2021⁴, dans lequel il était question d'un lien de filiation établi par voie d'adoption.

¹ Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2020, n°19-12.373 et n°19-18.791.

² Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n°19-20.279.

³ La deuxième et la troisième question trouvent une réponse dans le §10 : « Si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée, cette ingérence est, en droit interne, prévue par la loi, dès lors qu'elle résulte de l'application des textes précités du code civil, qui définissent de manière claire et précise les conditions de prescription des actions relatives à la filiation, cette base légale étant accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets ». La quatrième question fait ensuite l'objet d'un paragraphe indépendant : « *elle poursuit un but légitime, au sens du second paragraphe de l'article 8 précité, en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique* ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2021, n°19-15.921.

Là encore, qu'il s'agisse de la première¹, de la deuxième², troisième³ ou quatrième⁴ étape, elles sont chacune évoquées. Malgré la volonté de la Cour de cassation de créer un véritable canevas des décisions dans lesquelles le contrôle de conventionnalité est exercé, il n'en demeure pas moins que le rapprochement avec les méthodes européennes n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés.

B/ Les difficultés liées au rapprochement avec le contrôle européen

321. Évoquer une structure commune du contrôle de conventionnalité des lois pourrait impliquer de se fonder sur les méthodes de la Cour européenne des droits de l'homme, en vue d'adopter une méthode commune tant pour le contrôle du contenu que pour celui de l'application des lois. Le problème qui se pose est que l'analyse de la méthode européenne permet difficilement de l'identifier. Il s'agira ici d'évoquer les difficultés liées cette dernière étape du contrôle, par référence avec le contrôle du juge européen. En effet, le contrôle de proportionnalité qu'exerce ce dernier demeure très large, et est le fruit d'une construction empirique dont les logiques sont difficilement transposables (1). Il est malgré tout nécessaire de s'inspirer, sur certains aspects, encore davantage les deux méthodes de contrôle (2). L'inspiration décrite doit être en effet commune tant au contrôle du contenu que de l'application des lois.

1/ Un contrôle de proportionnalité lato sensu opéré par la Cour européenne des droits de l'homme

322. Le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme doit être entendu largement. Refusant toute systématisation et devant jongler avec la marge d'appréciation laissée aux États signataires, elle opte plutôt pour un contrôle centré sur une forme d'efficacité

¹ L'article 8 de la Convention européenne est cité au §12.

² Au sein du §16, on retrouve la formule « *ces dispositions, qui constituent une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale du père de naissance* », qui permet bien de répondre à la question « la mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ? ».

³ La question « cette ingérence a-t-elle une base claire et accessible en droit interne ? » ne trouve cette fois pas de réponse explicite, mais les articles 352 alinéa 1^{er} du Code civil et 329 du Code de procédure civile sont cités, ainsi que leur contenu (V. §13 et §14), ce qui tend à y répondre implicitement.

⁴ Enfin, s'agissant de la légitimité du but poursuivi, il est clairement évoqué au §16 : « *Ces dispositions [...] poursuivent les buts légitimes de protection des droits d'autrui en sécurisant, dans l'intérêt de l'enfant et des adoptants, la situation de celui-ci à compter de son placement en vue de l'adoption et en évitant les conflits de filiation* ».

pragmatique de protection des droits fondamentaux, plutôt que sur une méthode prédéfinie. Cette vision se heurte à la conception française d'une structuration plus rigide du raisonnement juridique. Elle l'a ainsi progressivement construit en le fondant sur la notion de « nécessité dans une société démocratique », qui constitue l'essence même de son contrôle de proportionnalité et comporte plusieurs composantes. Elles ne sont toutefois pas toujours toutes mobilisées selon les cas, si bien qu'elles se caractérisent par une très grande souplesse (a). En ce qui concerne le contenu de chacune d'entre elles, on peut sensiblement raisonner de la même façon : ce dernier est mouvant, et peut être plus ou moins détaillé (b).

a/ Une configuration souple des composantes du contrôle européen

323. Un principe de proportionnalité induit par la Convention. Comme l'indique le Professeur SUDRE¹, suivant les propos du Professeur FROMONT², il convient de distinguer le principe de proportionnalité du contrôle qui en découle. Le premier consiste ainsi en un principe de « modération du pouvoir »³, qui permet au bénéficiaire de droits fondamentaux de les voir garantis contre les éventuelles intrusions étatiques, qu'elles soient directes ou indirectes. Il est donc nécessairement question d'intérêts divergents, l'intérêt individuel devant être concilié avec l'intérêt général. Le principe de proportionnalité est donc davantage une idéologie générale qui doit gouverner tout État de droit, et qui permet d'assurer une protection effective des droits fondamentaux⁴. Sans être explicitement posé comme tel au sein de la Convention

¹ V. F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doctr. 289, p.502. L'auteur y décrit avec une très grande précision les composantes du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, distinguant le principe de proportionnalité du contrôle qui en découle, et le met en perspective avec celui opéré par le juge constitutionnel allemand, français, la Cour de cassation et le Conseil d'État. Cette étude approfondie a été très inspirante pour la rédaction des propos qui vont suivre, tant dans leur structure que dans leur contenu. V. aussi, pour une analyse approfondie de la méthode, P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préface Frédéric SUDRE, PUAM, 2005.

² V. M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p.156. L'auteur y retrace le développement du principe de proportionnalité en Europe, mais aussi dans la jurisprudence des deux cours européennes, dont la Cour européenne des droits de l'homme.

³ M. FROMONT, art. préc., l'auteur conclut ainsi son étude en considérant que « le principe de proportionnalité est essentiellement un principe de modération du pouvoir : l'autorité publique, qu'elle soit législative ou administrative, doit respecter au mieux les droits des personnes et, par conséquent, ne restreindre ceux-ci que dans la stricte mesure où cela est nécessaire à l'intérêt général ».

⁴ Cette logique est issue du droit allemand, principal inspirateur de la proportionnalité où le principe est pratiqué depuis le début du XXème siècle, V. M. FROMONT, art. préc. Il convient toutefois de noter, comme le souligne le Professeur SUDRE, que le contrôle opéré par la CourEDH, s'il s'en est clairement inspiré, est différent sur de nombreux points. Certaines modalités sont donc communes, mais ont été réadaptées, V. F. SUDRE, art. préc. p.505 ; C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 2004, vol. 16, p. 26.

européenne¹, il apparaît en creux lorsqu'elle autorise, au travers des « clauses d'ordre public »², les États signataires, sous conditions, à prendre des mesures restrictives qui seraient potentiellement attentatoires aux droits qu'elle contient. Ainsi, disséminés dans certains articles de la Convention, on peut trouver certaines formules qui impliquent implicitement de pratiquer un contrôle de proportionnalité. C'est le cas des articles 8 à 11, où apparaît l'idée de « nécessité dans une société démocratique »³. Le principe de proportionnalité est d'ailleurs mentionné par la CourEDH dès « l'Affaire linguistique belge » en 1968⁴, dans laquelle elle estime que l'application de la Convention implique de ménager « *un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers* ». Ce principe de proportionnalité énoncé de manière générale implique un contrôle de la part de la CourEDH, qui est à entendre plus largement qu'une simple balance des intérêts en présence, cette dernière n'étant qu'une des nombreuses composantes du contrôle⁵.

324. Un contrôle de proportionnalité entendu largement par la CourEDH. C'est à partir de l'expression « *nécessaire dans une société démocratique* » que la Cour européenne construit son contrôle de proportionnalité. La référence en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité est le droit allemand⁶, dont la grille d'analyse est assez claire. Il s'articule

¹ À noter qu'en droit américain, « l'absolutisme » des droits, traduit par le rejet marqué de toute intervention étatique, implique l'absence totale d'un tel principe au sein de la Constitution américaine, V. sur ce sujet A. LETURCQ, *Proportionnalité et droit fondamentaux, Recherches comparées sur le travail du juge américain au regard des expériences canadienne, sud-africaine et de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, 2012, p.54.

² V. sur cette notion, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 13^{ème} édition, 2016, p.206 et suiv., §131 et suiv.

³ Par exemple, dans l'article 8, l'ingérence dans le droit au respect à la vie privée et familiale est conditionnée au fait que la mesure, « *dans une société démocratique, [soit] nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». La même formule se retrouve l'article 9 qui protège la liberté de pensée, et de façon encore plus détaillée parce qu'adapté aux droits et liberté en question, concernant la liberté d'expression de l'article 10 et la liberté d'association de l'article 11. Le principe de proportionnalité est aussi sous-entendu, de manière un peu plus implicite, à l'article 15 qui permet de déroger de manière générale aux obligations imposées par la Convention « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* ».

⁴ CEDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/Belgique*, préc., §5.

⁵ À noter qu'il est systématiquement relié à la marge nationale d'appréciation laissée aux États signataires, mais cette question sera abordée *infra*.

⁶ V. C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 2004, vol. 16, p.26 ; F. SUDRE, art. préc. p.507, §23. V. aussi, V. F. FERRAND, « La juridiction suprême en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.147, spéc. p.201 s'agissant de l'Allemagne, avec un résumé clair et concis des interactions juridictionnelles et de la nature du contrôle de proportionnalité exercé, puis p.202 et suiv. s'agissant d'autres États.

autour de trois pôles : l'adéquation de la mesure prise à l'objectif poursuivi, sa nécessité pour le réaliser¹ et enfin une proportionnalité *stricto sensu* de la mesure prise². Comme l'observe le Professeur Frédéric SUDRE, le contrôle exercé par la Cour s'en inspire, mais ne porte pas nécessairement sur ces trois composantes de manière réellement identifiable puisqu'elles sont réunies au sein de la « *nécessité dans une société démocratique* ». La construction de sa méthode de contrôle s'est opérée de manière progressive, si bien que ses critères sont assez éparés³. Elle définit d'abord en 1976 le terme nécessité et le relie au « *besoin social impérieux* »⁴, qui fonde en réalité le contrôle de proportionnalité qu'elle opérera : autrement dit, « *une restriction à une liberté individuelle ne doit jamais aller au-delà de ce qui est absolument nécessaire* »⁵. Elle poursuit ensuite dans la même décision en estimant que son contrôle « *concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité"* » et qu'il « *en découle notamment* » que toute restriction à une liberté « *doit être proportionnée au but légitime poursuivi* »⁶. La formule n'est ainsi pour l'instant que peu précise, et le contenu réel de ce qui est entendu par « *nécessaire dans une société démocratique* » n'est pas encore clairement défini. Le juge européen la réutilise ensuite dans plusieurs arrêts en la précisant, mais sans aller beaucoup plus loin⁷. Elle complète aussi parfois en ajoutant qu'il faut, pour que l'ingérence

¹ Autrement dit, admettre la nécessité de la mesure sous-entend que le même objectif ne pouvait être atteint par des moyens moins contraignants.

² C'est-à-dire que la mesure ne doit pas imposer une charge démesurée par rapport au résultat recherché.

³ Madame la Professeure GAUTHIER souligne d'ailleurs que « *la Cour européenne a tracé sa propre voie, parfois de manière quelque peu chaotique, mais fidèle à l'économie générale du texte dont elle assure le respect. Son contrôle n'est dès lors pas tout à fait le même selon les dispositions conventionnelles considérées. Il va ainsi souvent s'axer autour de la notion de « nécessité dans une société démocratique », expressément mentionnée dans certains des articles de la convention* ». V. C. GAUTHIER, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2021, p.793.

⁴ CEDH, Plén., 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n°5493/72, §48, où elle estime que « *l'adjectif "nécessaire" n'est pas synonyme d'"indispensable", [...] il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu'"admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun"* ». Elle considère ensuite que le « *concept de nécessité* » implique « *la réalité d'un besoin social impérieux* ». V. dans le même sens CEDH, Plén., 24 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, n°6538/74, §59 ; CEDH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, n°7601/76, n°7806/77, §63 ; CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c/ Allemagne*, n°8734/79, §55.

⁵ V. F. SUDRE, art. préc. p.506, §17.

⁶ CEDH, *Handyside* préc., §49. V. aussi, CEDH, Plén., 29 octobre 1992, *Open door et Dublin well woman c/ Irlande*, n°14234/88, §70.

⁷ V. par exemple CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, préc., §53, où la Cour précise qu'« *avec plusieurs autres articles de la Convention l'article 8 lie la notion de "nécessité" à celle de "société démocratique"*. *D'après la jurisprudence de la Cour, pour se révéler "nécessaire" dans une telle société, dont tolérance et esprit d'ouverture constituent deux des caractéristiques, une atteinte à un droit protégé par la Convention doit notamment être proportionnée au but légitime poursuivi* ». La formule est certes plus clairement exprimée, mais n'amène pas de précisions supplémentaires sur le contenu du contrôle opéré. V. aussi, CEDH, 24 novembre 1986, *Gillow c/ Royaume-Uni*, n°9063/80, §55 où est repris le lien entre nécessité et besoin social impérieux, et CEDH, Plén., 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède*, n°104/65/83, §67, qui fait la synthèse de toutes les décisions précitées, sans aller plus loin. V. enfin, pour une synthèse de tous les principes dégagés par la Cour, sur fond de liberté d'expression, CEDH, Plén., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, n°13585/88, §59, inclus dans un titre intitulé « *L'ingérence était-elle « nécessaire dans une société démocratique » ?* », et dans un

dans un droit soit admise, ménager « *un juste équilibre entre les différents intérêts en présence* », la formule étant reprise dans de nombreuses décisions et presque systématiquement reliée aux notions précitées¹. Une synthèse est opérée dans l'affaire *Paradiso et Campanelli*, la Cour considérant très clairement que « *la notion de nécessité [dans une société démocratique] implique que l'ingérence corresponde à un besoin social impérieux et, en particulier, qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi eu égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu* »². On perçoit donc qu'il ne faut pas confondre la « *balance des intérêts en présence* », avec la « *nécessité dans une société démocratique* ». Cette dernière est une notion plus large, englobante, qui ne saurait se limiter à un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Comme le souligne le Professeur SUDRE³, l'adjonction des termes « notamment » dans l'affaire *Handyside* ou « en particulier » dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli*, ainsi que la notion de « juste équilibre », sont des indicateurs qui le confirmeraient, et on ne peut qu'adhérer à cette analyse. On notera aussi la présence d'une autre expression, qui semble faire écho au triple test de proportionnalité exercé en droit allemand⁴. En effet, dans certaines décisions, la Cour évoque l'exigence de « *motifs pertinents et suffisants* »⁵ qui justifieraient l'ingérence. Le terme « pertinent » n'est pas s'en rappeler le critère de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi, tandis que le terme « suffisant » pourrait caractériser la nécessité présente en droit allemand. La proportionnalité *stricto sensu* du droit allemand pourrait quant à elle être caractérisée par la proportion au but poursuivi. Toutefois, le juge européen utilise ces termes parfois cumulativement, et les distingue plus ou moins selon les cas : les composantes de son contrôle sont donc mouvantes, si bien qu'il fait preuve d'une analyse très flexible.

paragraphe spécialement consacré aux « principes généraux ». On peut par ailleurs constater que cette structuration devient ensuite récurrente.

¹ V. CEDH, 23 septembre 1998, *McLeod c/ Royaume-Uni*, n°24755/94, §53 ; CEDH, 18 juillet 2006, *Keegan c/ Royaume-Uni*, n°28867/03, §30 ; CEDH, Gr. Ch. 16 décembre 2010, *A., B. et C. c/ Irlande*, n°25579/05, §229 ; Pour des exemples, en matière de droit au respect de la vie privée et familiale, où la formule est plutôt reliée à la frontière entre les obligations positives et négatives de l'État, V. not. CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, n°53176/99, §58 ; CEDH, Gr. Ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n°42326/98, §40.

² CEDH, Gr. ch., 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n°25358/12, §181.

³ V. F. SUDRE, art. préc. p.506, §20.

⁴ Qui comme on a pu le mentionner, se caractérise par un contrôle de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi, de la nécessité de la mesure à la réalisation de cet objectif (le même objectif aurait-il pu être atteint avec des moyens moins contraignants ?), et enfin de la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure prise.

⁵ V., entre autres, CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, déc. préc., §50 ; CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, déc. préc., §62 ; CEDH, *Dudgeon c/ Royaume Uni*, déc. préc., §54 et §59 ; CEDH, *Barthold c/ Allemagne*, déc. préc., §55 ; CEDH, *Olsson c/ Suède*, déc. préc., §68 ; CEDH, Gr. Ch., 18 janvier 2001, *Coster c/ Royaume-Uni*, n°24876/94, §104 ; CEDH, Gr. Ch., 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n°30562/04 et n°30566/04, §101 ; CEDH, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, déc. préc., §196-199.

325. Un contrôle de proportionnalité aux composantes variables : un contrôle flexible. Les diverses composantes susmentionnées s'articulent différemment selon les cas. Par exemple, dans l'affaire *Handyside*, la Cour distingue clairement les motifs pertinents, puis suffisants, et enfin le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*¹. On retrouve ce type de distinction dans l'affaire *Paradiso et Campanelli*, exprimée d'autant plus clairement qu'elle apparaît au sein de la structure même de la décision². À l'inverse, dans d'autres décisions, comme l'affaire *Dudgeon* ou *Olsson*, la légitimité du but poursuivi se confond avec le critère de la suffisance des motifs, ce qui réduit le nombre de composantes du contrôle de proportionnalité *lato sensu* opéré³. Dans la plupart des cas, la distinction n'est pas nettement opérée, les différents critères étant englobés au sein de la « nécessité dans une société démocratique ». La grille de lecture du contrôle de proportionnalité est donc plutôt mouvante, mais cela n'empêche pas le Professeur SUDRE d'y distinguer plusieurs figures, qui seront brièvement reprises ici⁴.

La première figure, d'abord, est celle d'un contrôle du contrôle de proportionnalité qui s'exerce lorsqu'est en jeu un article dans lequel est présente une clause d'ordre public. Il peut dans ce cas être exercé soit au sens large, soit au sens strict, selon les cas de figure. Il semble être plein et entier lorsqu'il s'agit d'une atteinte à un droit fondamental d'une personne privée commise par une autre, mais légitimée par l'État qui aurait été trop permissif⁵. Au contraire, il se réduit

¹ Elle énonce en effet qu'il lui « *incombe de déterminer, sur la base des divers éléments en sa possession, si les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier les mesures concrètes d'"ingérence" qu'elles adoptent sont pertinents et suffisants* » (§50). Elle n'associe donc pas cela à la proportionnalité au but poursuivi, qu'elle évoque dans un paragraphe séparé, en mentionnant, comme cela a été évoqué, que « *toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi* » (§49). Les trois composantes sont donc distinctes.

² On notera qu'au sein de cette décision, la totalité du contrôle de la Cour est structurée d'une manière assez explicative, si bien que cela ne peut qu'être salué. En effet, elle distingue, notamment en ce qui concerne l'article 8, les trois exigences habituelles de légalité de la mesure (au sein d'un a) « *Prévue par la loi* », §168-174), de la légitimité du but poursuivi (au sein d'un b), §175-178), et enfin de la nécessité dans une société démocratique (au sein d'un c), dans lequel elle va développer son contrôle de proportionnalité *lato sensu*. Au sein de cette dernière, sont clairement distingués les motifs pertinents et suffisants (§196-199) ainsi que la proportionnalité au but légitime poursuivi (§200-214), par deux titres différents.

³ Dans la première affaire, la Cour énonce en effet qu'« *il appartient à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs qu'elle a jugés pertinents étaient aussi suffisants, c'est-à-dire si l'ingérence incriminée était proportionnée au besoin social invoqué en sa faveur* » (§59). Dans la seconde, elle est encore plus claire et mentionne que « *les dispositions arrêtées en vertu de la décision de prise en charge ne se fondaient pas sur des raisons "suffisantes" de nature à les justifier comme proportionnées au but légitime poursuivi [...], elles n'étaient donc pas "nécessaires dans une société démocratique* » (§83) : le critère de la suffisance des motifs est donc totalement confondu avec la proportionnalité *stricto sensu*.

⁴ V. F. SUDRE, art. préc. p.508, §31 et suiv.

⁵ Nul besoin d'utiliser la théorie des obligations positives ici, puisque le droit interne n'a fait que permettre ou encourager la violation en cause. Les exemples sont nombreux, V. par ex. l'affaire *Young, James et Webster* préc., il était question d'une société de chemin de fer qui avait conclu avec trois syndicats un accord qui subordonnait l'emploi de salariés à l'affiliation à l'un de ces derniers. Faute de remplir cette condition, les requérants avaient été renvoyés. Ils invoquaient une violation des articles 9, 10, 11 qui contiennent bien des clauses d'ordre public. Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour a porté à la fois sur la nécessité, en jugeant que la condition

au contrôle de proportionnalité *stricto sensu* lorsque c'est une abstention de l'État qui est à l'origine de l'atteinte, autrement dit lorsque la Cour fait jouer le jeu des obligations positives¹. Selon le Professeur SUDRE, cette différence d'intensité s'explique par le fait que dans le second cas, il s'agit de vérifier « *que les ingérences dans le droit individuel sont excessives eu égard au but d'intérêt général poursuivi, mais que les obligations mises à la charge de l'État ne sont pas trop lourdes au regard de l'intérêt individuel à protéger* »², tout en essayant de ménager un certain équilibre entre l'imposition d'une charge nouvelle à un État, et le respecter du principe de subsidiarité.

La deuxième figure, ensuite, est celle qui vaudrait pour les droits qui ne sont pourvus d'une clause d'ordre public³. Dans ces cas, la Cour n'opère qu'un contrôle *stricto sensu*, ne faisant donc référence qu'au juste équilibre à ménager entre la protection de l'intérêt général et des droits fondamentaux des individus⁴, ou bien à la proportionnalité entre moyens employés et but visé⁵, ou en veillant simplement à ce que les moyens visés ne soient pas disproportionnés⁶.

La troisième figure, enfin, concerne plutôt les cas où le contrôle de proportionnalité est « horizontal », c'est-à-dire des cas où le requérant se plaindrait de l'immixtion dans ses droits

n'était par ailleurs pas remplie (§64), et sur la proportionnalité *stricto sensu* (§65) en concluant à la disproportion. Le même constat peut être opéré dans l'affaire *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 60 juin 1993, n°16130/90, qui concernait une violation de l'article 11 et où est exercé un contrôle des motifs pertinents et suffisants, qu'elle relie à la proportionnalité à l'objectif poursuivi (§41 *in fine*). Elle opère aussi un plein contrôle dans l'affaire *VgT Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse*, 28 juin 2001, n°24699/94, en énonçant au sein du paragraphe consacré au contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » qu'« *il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants* » ».

¹ CEDH, *Marckx c/ Belgique*, déc. préc., §31.

² V. F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doct. 289, p.502, spéc. p.509, §35.

³ Il s'agira ainsi par exemple des limitations spécifiques du droit de propriété, ou encore des limitations implicites qu'a pu dégager la Cour de Strasbourg, comme le droit d'accès à un tribunal, le droit à l'instruction, à des élections libres...

⁴ CEDH, Plén., 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, n°7151/75 et n°7152/75, où il était question d'une atteinte au droit de propriété. La Cour estime ainsi que qu'elle « *doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* » (§69).

⁵ V. par exemple CEDH, « *Affaire linguistique belge* » préc., où il était question d'une atteinte au droit à la non-discrimination et au droit à l'instruction. Le juge européen mentionne qu'« *une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (§10). Dans le même sens, concernant le droit de propriété, CEDH, Plén., 21 février 1986, *James c/ Royaume-Uni*, n°8793/79, §50 ; et concernant le droit d'accès à un tribunal, CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, §57.

⁶ CEDH, Plén., 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*, n°9267/81. L'affaire concernait cette fois le droit à des élections libres, et la Cour considère qu'elle doit « *s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés* » (§52).

par une autre personne privée¹, qui serait imputable à l'État qui se serait abstenu de l'en protéger². Dans ce cas, la Cour semble faire prévaloir la marge d'appréciation laissée à l'État³, en vérifiant simplement que le juge interne⁴ ou les autorités étatiques⁵ ont bien exercé un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. L'arrêt *Chassagnou*⁶ est assez illustratif en la matière. La Cour énonce d'abord que « *la mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les Etats contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un « besoin social impérieux » susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention* » (§113). Elle effectue ensuite elle-même un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, faisant jouer la proportionnalité au but légitime poursuivi, qu'elle relie aussi à la balance des intérêts⁷. Quelle que soit la figure utilisée, les composantes pouvant ainsi être plus ou moins nombreuses, il convient de garder à l'esprit que le contenu de chacune d'entre elles est mouvant.

¹ Pour un examen approfondi de « l'effet horizontal » de la Convention, V. B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, 2006, thèse dactylographiée, disponible en ligne sur thèses.fr.

² Cela constitue ainsi une obligation positive à la charge de l'État, reliée à « l'effet horizontal » de la Convention. Pour davantage de développements sur ce sujet, V. B. MOUTEL, *op. cit.*, p.127 et suiv.

³ Sur la question de la marge d'appréciation, elle sera abordée *infra*.

⁴ CEDH, 23 septembre 2010, *Obst c/ Allemagne*, n°425/03, §45-52 ; CEDH, 23 septembre 2010, *Schiith c/ Allemagne*, n°1620/03, §63 où la Cour énonce d'abord « *qu'un examen plus circonstancié s'imposait lors de la mise en balance des droits et intérêts concurrents en jeu, d'autant qu'en l'espèce le droit individuel du requérant s'opposait à un droit collectif* » avant de considérer que le juge interne doit procéder à « *une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe de proportionnalité* ».

⁵ V. par exemple CEDH, 9 décembre 1994, *López Ostra c/ Espagne*, n°16798/90. Ici, la requérante avait subi l'installation à proximité de son logement d'une station d'épuration défectueuse par des sociétés privée sur un terrain communal. Le juge européen a estimé qu'il devait seulement « *rechercher si [...] les autorités nationales ont pris les mesures nécessaires pour protéger le droit de la requérante au respect de son domicile ainsi que de sa vie privée et familiale* » (§55). Il conclut ensuite que l'État « *n'a pas su ménager un juste équilibre entre l'intérêt du bien-être économique de la ville de Lorca - celui de disposer d'une station d'épuration - et la jouissance effective par la requérante du droit au respect de son domicile et de sa vie privée et familiale* » (§58). V. aussi CEDH, *Odièvre c/ France*, déc. préc., §49.

⁶ CEDH, Gr. Ch., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, n°25088/94. Il s'agissait en l'espèce, pour résumer, de requérants hostiles à la pratique de la chasse, qui s'étaient vus contraints d'adhérer à une association de chasse pour faciliter la mise en commun de leurs terrains en vue de permettre aux autres adhérents de s'y adonner, conformément à la législation française qui l'imposait. Étaient ainsi en cause la liberté d'association des requérants, opposée à « *un exercice démocratique de la chasse* » dont se prévalait le gouvernement.

⁷ Elle énonce en effet qu'« *au regard de la nécessité de protéger les droits et libertés d'autrui pour l'exercice démocratique de la chasse, une obligation d'adhésion aux [associations de chasse] qui pèse uniquement sur les propriétaires dans une commune sur quatre en France ne peut passer pour proportionnée au but légitime poursuivi. La Cour n'aperçoit pas davantage pourquoi il serait nécessaire de ne mettre en commun que les petites propriétés tandis que les grandes, tant publiques que privées, seraient mises à l'abri d'un exercice démocratique de la chasse* ». Elle poursuit ensuite en concluant que « *contraindre de par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des objectifs qu'il désapprouve va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi* » (§117).

326. Un contrôle de proportionnalité *lato sensu* aux composantes indexées sur la marge nationale d'appréciation. Au préalable, il convient de mentionner qu'en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, celui-ci est quasi-systématiquement indexé sur la marge nationale d'appréciation laissée aux États signataires, qui constitue ainsi la principale variable à prendre en compte lors de l'exercice du contrôle opéré par la Cour¹. Concernant son étendue, elle varie en fonction de plusieurs critères, comme la nature du droit en cause ou des activités en jeu², le but de l'ingérence³, ou encore « le consensus européen » ou l'existence d'un « dénominateur commun »⁴. Il est ainsi possible de constater que plus la marge d'appréciation laissée est grande, moins le contrôle de la Cour sera approfondi, et inversement : que ce soit en ce qui concerne le contrôle des motifs pertinents et suffisants, ou le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, c'est le paramètre principal de modulation qui est utilisé par le juge européen. Cela a donc une influence directe sur le contenu de chacune des composantes du contrôle, que la Cour détaille plus ou moins, voire même ne mobilisera pas. On s'attachera ainsi à étudier chacune des composantes du contrôle de la « nécessité dans une société démocratique », c'est-à-dire, comme le font les juges de Strasbourg dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli*, en se centrant d'abord sur le contrôle des motifs pertinents et suffisants, pour ensuite étudier le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*⁵.

¹ V. parmi de très nombreux arrêts, CEDH, *Handyside* préc., où la Cour énonce que « l'article 10 par. 2 réserve aux États contractants une marge d'appréciation. Il l'accorde à la fois au législateur national et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur », §48 *in fine*.

² V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 13^{ème} édition, 2016, p.224, §144. Ainsi, la marge d'appréciation sera réduite lorsque le droit en question touche à la sphère d'intimité de l'individu, et sera en revanche plus large lorsqu'il sera question de matières plus techniques, de mesures d'ordre général en matière économique ou sociale, ou encore des questions éthiques ou de société.

³ V. F. SUDRE, *op. cit.*, p.225, §145. Lors le but poursuivi peut être apprécié plus objectivement, sans qu'il ne soit nécessaire de le distinguer en fonction des situations, la marge nationale d'appréciation aura tendance à être plus étroite. En revanche, lorsqu'il est plus contingent, elle sera plus ample.

⁴ V. C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Sirey », 2017, p.114, §221 et suiv. ; F. SUDRE, *op. cit.*, p.227, §147 et suiv. ; ou plus particulièrement, du même auteur, « La mystification du « consensus » européen », *JCP G* 2015, doct. 1369. Le « consensus » ou « dénominateur commun » est en effet aussi un critère qui permet de définir l'étendue de la marge nationale d'appréciation, cette dernière étant ainsi réduite en cas de consensus, et large lorsqu'il est difficile d'identifier des principes juridiques communs au sein des législations des différents États signataires. Ce paramètre reste toutefois assez aléatoire, nous reviendrons sur cette question *infra*.

⁵ V. dans le même sens, mais avec une structure moins claire, CEDH, Gr. Ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c/ Royaume-Uni*, n°48876/08, où après avoir considéré que la marge nationale d'appréciation laissée à l'État était étroite (§104), elle estime qu'il lui appartient de rechercher « si les motifs avancés à l'appui de l'interdiction étaient « pertinents » et « suffisants » et si, dès lors, l'ingérence litigieuse correspondait à un « besoin social impérieux » et était proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. A cet égard, elle rappelle qu'elle n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales, mais qu'elle doit vérifier à la lumière de l'ensemble de l'affaire les décisions qu'elles ont prises dans le cadre de leur marge d'appréciation » (§105).

327. Un contrôle des motifs pertinents et suffisants profondément influencé par la marge nationale d'appréciation. On a pu l'évoquer, le contrôle des motifs « pertinents » est à rapprocher du contrôle de l'adéquation de l'atteinte à l'objectif poursuivi, tandis que le contrôle des motifs « suffisants » peut être assimilé à celui de la nécessité de la mesure. Dans le premier cas, la plupart du temps la motivation concernant la pertinence des motifs est assez respectueuse de l'appréciation qui en est faite par l'État signataire, ne faisant que la reprendre pour l'approuver. La marge nationale d'appréciation a donc le plus souvent une place assez importante en la matière. Par exemple, dans l'arrêt *Sunday Times*, la Cour énonce clairement que « *les déclarations des Law Lords soulignaient surtout un danger : assister à une chute du respect pour les voies légales et à une usurpation des fonctions des tribunaux si l'on incite le public à se former une opinion sur l'objet d'une instance encore pendante ou si les parties doivent subir un "procès dans la presse". En soi, pareil souci est "pertinent" pour la garantie de "l'autorité du pouvoir judiciaire" »*¹. Cela se justifie notamment par le fait que « *la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit [...] : elle est plus large quand il y va de la protection de la morale »*². Elle va même parfois plus loin, notamment lorsqu'il est question de sécurité nationale : elle se refuse dans ces cas à examiner la pertinence de tout autre motif³. Il est toutefois possible d'observer dans quelques cas qu'elle peut considérer des motifs comme étant non pertinents, même lorsque la marge nationale d'appréciation est ample⁴.

¹ CEDH, *Sunday Times* préc., §63. V. aussi CEDH, *Handyside* préc., §52. La Cour y examine assez en détail le contexte dans lequel la législation interne a été appliquée par les juges anglais, pour ensuite en déduire que la décision de ces derniers, « *appliquant les lois [internes], avait pour but essentiel de protéger la morale des jeunes, finalité légitime selon l'article 10 par. 2. Partant, les [mesures prononcées] [...] tendaient elles aussi à ce but »*. Ces dernières entraient donc bien en adéquation avec l'objectif légitime poursuivi. Dans le même sens, V. CEDH, *Dudgeon*, déc. préc. §57 ; CEDH, *Paradiso et Campanelli*, déc. préc., §197. V. enfin, tout particulièrement, CEDH, *Olsson*, déc. préc., où la Cour raisonne sur la pertinence et la suffisance mesure par mesure, distinguant bien les deux notions pour chacune d'entre elles. Pour la pertinence, elle reprend les arguments des autorités nationales aux §72 et §75.

² CEDH, *Dudgeon* préc., §52, qui déduit cette affirmation claire de la combinaison des arrêts *Sunday Times* (§59) et *Handyside* (§48). V. dans le même sens, entre autres, CEDH, *Open door et Dublin well woman*, déc. préc., §70.

³ CEDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c/ Allemagne*, n°5029/71, la Cour précise en effet que la mesure « *a bien pour but de sauvegarder la sécurité nationale et/ou d'assurer la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales [...]. Dès lors, elle ne croit pas devoir statuer sur la pertinence des motifs supplémentaires avancés par le Gouvernement »* (§46).

⁴ CEDH, *Open door et Dublin well woman*, déc. préc., §76, même si la pertinence des motifs n'est pas explicitée, on peut lire en creux que la mesure restrictive prise étant dépourvue d'efficacité, son adéquation avec l'objectif poursuivi ne pouvait être caractérisée. V. aussi, plus explicitement, CEDH, Gr. Ch., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, n°29183/95, la pertinence des motifs étant aussi rejetée parce que la mesure était peu efficace, et effectuée en vue de parvenir à un objectif qui « *ne constituait pas un impératif prépondérant »* (§53). V. enfin CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*, n°54270, où il était question de parents souhaitant procéder pour leur deuxième enfant à une PMA accompagnée d'un diagnostic génétique préimplantatoire afin d'éviter que l'enfant ne naisse atteint de la mucoviscidose, dont ils étaient porteurs sains. Cette technique leur est refusée. La pertinence des motifs est écartée parce que « *le système législatif italien en la matière manque de cohérence »*

On peut raisonner sensiblement de la même façon en ce qui concerne le contrôle de la suffisance des motifs, ou de la nécessité de la mesure à la réalisation de l'objectif poursuivi, qui lui aussi est modulé en fonction de la marge nationale d'appréciation, ce qui « *contraint la Cour à une attitude de retenue* »¹. Le contrôle effectué est ainsi plutôt superficiel, la Cour ne faisant plus souvent qu'énoncer qu'il faut que la mesure soit nécessaire sans pour autant approfondir², se retranchant derrière la marge nationale d'appréciation laissée aux États signataires³. Elle le confond parfois d'ailleurs totalement avec le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, ce qui peut ainsi le vider de son contenu⁴, même s'il peut s'avérer dans certains cas que l'absence de nécessité de la mesure soit une cause de la disproportion à l'objectif poursuivi : la composante persiste donc⁵. Toutefois, comme le souligne le Professeur SUDRE, « *la jurisprudence récente de la Cour révèle la tendance très nette de cette dernière, dans la mise en œuvre de son contrôle de proportionnalité, de renforcer le contrôle de la nécessité de la mesure* »⁶. Cela se vérifie dès l'affaire *Glor c/ Suisse*⁷ en 2009, où « *la Cour estime que, pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l'existence d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue* » (§94). Les termes sont clairs, et le juge européen n'hésite pas à effectuer un contrôle plus approfondi par la suite, en vérifiant par exemple que des mesures moins attentatoires aux droits des requérants ne pouvaient être mobilisées⁸, et

(§64), parce qu'il permettait d'y procéder dans des cas similaires, notamment lorsque le père potentiel est affecté d'une maladie sexuellement transmissible.

¹ F. SUDRE, art. préc., p.511, §46.

² CEDH, *Klass*, déc. préc., §55, le juge européen se contentant d'affirmer que la mesure ne devait pas « *dépasser les bornes de la nécessité au sens de l'article 8 par. 2* ».

³ CEDH, *Handyside*, déc. préc., où, s'agissant de restrictions concernant la publication d'un livre dont le contenu pouvait heurter un jeune public, la Cour analyse la nécessité de chaque mesure. Elle fait une analyse concrète de la nécessité de chacune d'elles, mais se retranche quasi systématiquement derrière la marge nationale d'appréciation. Elle énonce par exemple qu'on ne peut déduire du fait que des mesures restrictives similaires n'avaient pas été prises dans d'autres régions de l'État partie, que, « *compte tenu de la marge d'appréciation des autorités nationales, [ces mesures] n'aient pas répondu à une nécessité réelle* » (§54). Elle raisonne sensiblement de la même façon en ce qui concerne les publications dans d'autres États signataires en estimant que « *la marge nationale d'appréciation et le caractère facultatif des "restrictions" et "sanctions" empêchent la Cour d'accueillir l'argument* » (§57).

⁴ V. dans le même sens, CEDH, *Sunday Times*, déc. préc., §65 et §66 ; CEDH, 3 novembre 2011, *S.H. et autres c/ Autriche*, n°57813/00, §92 et §106.

⁵ CEDH, *Sigurður A. Sigurjónsson*, déc. préc. §41.

⁶ V. F. SUDRE, art. préc., p.512, §48.

⁷ CEDH, 30 avril 2009, *Glor c/ Suisse*, n°13444/04. V., dans les mêmes termes mais plus directement relié à l'exigence de motifs « pertinents et suffisants », CEDH, Gr. Ch., *Nada c/ Suisse*, n°10593/08, §183.

⁸ V. CEDH, 3 décembre 2009, *Women on waves et autres c/ Portugal*, n°31276/05, §41, où elle pose le principe implicitement, et CEDH, Gr. Ch., 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c/ Suisse*, n°16354/06, §75, où elle énonce plus clairement que « *lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause* ».

constate des violations de la Convention lorsque ce n'est pas le cas¹. Une fois ce contrôle effectué, la Cour peut ensuite exercer un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*.

328. Un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* dépendant de la marge nationale d'appréciation. Lorsque le contrôle des « motifs pertinents et suffisants » a été effectué, pour compléter le contrôle de la « nécessité dans une société démocratique », la Cour exerce ensuite son contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Tout comme les autres composantes de son contrôle, elle y procède par référence à la marge d'appréciation qu'elle laisse aux États signataires, qui découle du principe de subsidiarité². En effet, elle l'énonce très clairement, « *il appartient aux autorités nationales de dire les premières où se situe le juste équilibre à ménager dans un cas donné avant que la Cour ne procède à une évaluation en dernier ressort, et une certaine marge d'appréciation est donc laissée en principe aux Etats dans ce cadre* »³. Cela signifie que le contrôle de proportionnalité *stricto sensu* effectué par la Cour ne doit être que subsidiaire, l'État étant au premier chef en charge de l'exercer lui-même. Le juge européen n'en demeure pas moins en charge de définir l'étendue de la marge nationale d'appréciation, qui fera ensuite varier l'intensité et le contenu de son propre contrôle⁴. L'approche est ainsi celle d'une balance des intérêts, dépendante de la marge d'appréciation laissée à l'État⁵ et des situations très concrètes de l'affaire : la systématisation est donc peu adaptée à un tel contrôle, les variables étant beaucoup trop nombreuses et n'entrant pas dans la philosophie de son exercice.

¹ V. par exemple CEDH, *Women on waves et autres*, déc. préc., §41 ; CEDH, 22 novembre 2016, *Kaos GL c/ Turquie*, n°4982/07, §61 ; CEDH, 6 décembre 2016, *Kanalar c/ Roumanie*, n°20323/14, §31 ; CEDH, 10 janvier 2017, *Osmanoglu et Kocabas c/ Suisse*, n°29086/12, §101 ; CEDH, 12 janvier 2016, *Szabo et Vissy c/ Hongrie*, n°37138/14, §73.

² Les deux notions n'étant pas à assimiler, comme le souligne le Professeur PASTRE-BELDA, la subsidiarité signifiant, en amont, qu'il « *revient en premier lieu aux autorités nationales de garantir l'exercice effectif des droits* », tandis que la marge nationale d'appréciation, en aval, est une technique qui intervient « *comme instrument de contrôle de la Cour européenne permettant de faire varier l'étendue du contrôle de proportionnalité réalisé à l'égard des droits dits relatifs* ». V. B. PASTRE-BALDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH* 94/2013, p.251, spéc. p.265.

³ CEDH, Gr. Ch., *Dickson c/ Royaume-Uni*, déc. préc., §77.

⁴ V. par exemple CEDH, 21 juin 1988, *Plattform "Ärzte für das Leben" c/ Autriche*, n°10126/82. Il était question dans cette affaire de deux manifestations de médecins pro-avortement, perturbées par des contre manifestants, et ce malgré la présence de force de police. La Cour a estimé que les États signataires, en la matière, « *jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser* » (§34) et qu'elle n'avait quant à elle « *pas à juger de l'opportunité ou de l'efficacité de la tactique suivie en l'occurrence par les forces de l'ordre, mais seulement à rechercher si l'on peut défendre la thèse que les autorités compétentes n'ont pas pris les dispositions nécessaires* » (§36). Dans le même sens, V. aussi CEDH, Gr. Ch., 24 avril 1996, *Gustafsson c/ Suède*, n°15573/89, §45 *in fine* ; CEDH, *Odièvre*, déc. préc. §44 ; CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n°6339/05, où la Cour précise que « *la marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* » (§77) ; formule reprise dans CEDH, Gr. Ch., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, n°44362/04, §78.

⁵ Une nouvelle fois, nous approfondirons plus largement sur ce point *infra*.

Or, le juge judiciaire s'est inspiré seulement du contrôle *stricto sensu* exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, de manière beaucoup moins détaillée. S'en inspirer dans toutes ses dimensions demeure pourtant une nécessité.

2/ La nécessité d'une inspiration de la méthode européenne

329. La nécessité pour le juge judiciaire de se fonder sur la marge nationale d'appréciation. On a pu l'observer, la Cour européenne des droits de l'homme indexe son contrôle de proportionnalité sur la marge nationale d'appréciation laissée aux États signataires, alors que le juge judiciaire n'y fait que peu référence. Cette situation, au regard d'une valorisation accrue du principe de subsidiarité, semble ne pas être satisfaisante. En effet, dans la mesure où le juge judiciaire doit exercer au premier chef un plein contrôle de conventionnalité, encore faut-il qu'il puisse le faire en accord avec la marge d'appréciation que le juge européen laisse aux pouvoirs publics. Avec l'entrée en vigueur du protocole 15, la marge d'appréciation est un élément d'autant plus essentiel qu'il sera désormais inscrit explicitement au sein du préambule de la Convention. Que le juge judiciaire soit totalement silencieux sur la question serait ainsi d'autant plus incohérent, plus particulièrement en ce qui concerne les droits supportant une clause d'ordre public. Ces derniers sont en effet ceux dans lesquels la Cour européenne indexe le plus son contrôle de proportionnalité à la marge nationale d'appréciation : pour que le juge judiciaire rapproche ses méthodes de celles de son homologue européen, encore faut-il qu'il explicite cette étape préalable. En effet, la question de la marge d'appréciation est presque systématiquement valorisée dans la structure même des arrêts du juge européen, qui mentionne explicitement dans la plupart des cas l'intensité de la marge nationale d'appréciation, pour ensuite exercer son contrôle de proportionnalité *lato sensu* de la nécessité dans une société démocratique, qui sera plus ou moins intense en fonction de ce premier paramètre. Ainsi, plaider pour l'utilisation par le juge judiciaire d'un contrôle de proportionnalité plus étendu ne peut que s'accompagner d'une mention explicite de la marge d'appréciation de la part de ce dernier. C'est d'ailleurs l'une des recommandations formulées dans le rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité¹, qui évoque

¹ Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, site internet de la Cour de cassation, p.6. Il est ainsi mentionné que « les droits consacrés par la CEDH étant d'intensité variable, les circonstances de chaque affaire pouvaient justifier des variations dans l'intensité du contrôle. Parmi les critères susceptibles d'être mis en œuvre sur cette question, une attention particulière pourrait être portée à la notion de « marge nationale d'appréciation » consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme ». Le rapport mentionne ensuite que « lorsque la marge d'appréciation nationale laissée par la Cour européenne est étroite, la Cour de cassation procéderait à un contrôle « lourd » des appréciations faites par les juges du fond ».

explicitement qu'une telle mention a directement une influence sur le contrôle pratiqué. Il serait donc intéressant de la mentionner, au regard des préconisations de la Cour européenne des droits de l'homme, dès la première étape du contrôle exercé¹. Toutefois, dans la mesure où la notion est elle-même parfois liée au « consensus européen » qu'utilise la Cour européenne, cette dernière aura quant à elle tout intérêt à clarifier sa jurisprudence sur cette question.

330. La nécessité d'une clarification de l'appréciation du « consensus européen » par la Cour européenne des droits de l'homme. Liée au principe de subsidiarité, lui-même valorisé, la marge nationale d'appréciation² voit son amplitude varier en fonction de plusieurs paramètres, parmi lesquels on retrouve la notion de « consensus européen » ou de « dénominateur commun ». En effet, selon la Cour européenne, « *l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard* »³. Les exemples sont nombreux de cas où le juge européen a pu identifier des principes juridiques communs et ainsi réduire la marge nationale d'appréciation⁴, ou au contraire justifier sa plus grande amplitude par leur absence⁵. Toutefois, des critiques peuvent être formulées à l'égard de ce critère, la Cour européenne en ayant une appréciation parfois aléatoire⁶. En effet, comme le souligne le Professeur SUDRE, le consensus

¹ Pour rappel, l'étape 1, qui figure au sein du Rapport sur la réforme de la Cour de cassation (V. p. 160) implique de répondre à la question « *Le droit invoqué est-il applicable ? [L'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droits protégés par la Convention]* ».

² V. P. LAMBERT, « Marge nationale d'interprétation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.63. V. aussi F. OST, M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p.309 et suiv.

³ CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, n°8777/79, §40.

⁴ On se contentera de citer le cas de l'égalité des traitements entre enfants légitimes et naturels, la liberté de ne pas adhérer à un syndicat, la protection des sources journalistiques, le choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité ou encore l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de congé parental. V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 13ème édition, 2016, p.226, §146, 1° pour une plus grande exhaustivité des exemples, dont sont tirés ceux cités ci-avant et ci-après.

⁵ C'est par exemple le cas en ce qui concerne le port des symboles religieux dans les établissements d'enseignement, la protection des convictions religieuses contre le blasphème, l'octroi de droit parentaux aux transsexuels, la réglementation du recours à la fécondation *in vitro*, le droit au mariage des couples homosexuels, l'arrêt d'un traitement médical ayant pour effet d'entraîner la mort, ou enfin l'interdiction du don d'embryons à des fins de recherche scientifique. On constatera toutefois une certaine convergence de ces divers exemples qui concernent tous des questions de société ou religieuses.

⁶ V. F. SUDRE, *op. cit.*, p.227, §147 ; du même auteur, « La mystification du « consensus » européen », *JCP G* 2015, doctr. 1369 ; C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Sirey », 2017, p.115 §222 ; G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in SUDRE (Frédéric), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.117, spéc. p.120 et suiv. ; B. PASTRE-BALDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH* 94/2013, p.251, spéc. p.268 et suiv.

peut être manipulé par le juge européen, qui « *l'instrumentalise selon qu'il entend préserver ou réduire la marge d'appréciation de l'État au vu de la fin qu'il poursuit* »¹. Ainsi, dans certains cas, malgré l'existence ou l'émergence d'un consensus, il le neutralise en reconnaissant tout de même une certaine marge d'appréciation à l'État, soit en le niant², soit en le transmutant³. Dans d'autres, à l'inverse, en contournant l'absence de consensus⁴, en la jugeant non pertinente⁵ ou encore en construisant un consensus de substitution⁶, il la neutralise en laissant aux États une marge d'appréciation réduite, favorisant ainsi une interprétation évolutive de la Convention en vue d'imposer une règle commune. Cela amène l'auteur à conclure qu'il « *serait alors*

¹ F. SUDRE, *op. cit.* p.227-228, §147. Certains s'alarment d'ailleurs d'une « *réduction continue de la marge nationale d'appréciation* », notamment en droit de la famille, et estiment que « *la Cour [européenne] accroît son emprise alors que les États, dont elle tire son existence, lui demandent de faire l'inverse* », V. A. GOUËZEL, « *Que reste-t-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille ?* », in A. GOUËZEL, J.-R. BINET (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.31, spéc. p.41.

² F. SUDRE, art. préc., p.2295, §11. V. par exemple CEDH, Gr. Ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c/ Irlande*, n°25579/05, §232-237, où il était question d'une marge d'appréciation reconnue à l'État qui interdisait l'avortement pour des motifs de santé alors même qu'un consensus pouvait exister dans la majorité des États signataires en la matière ; CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S. H. c/ Autriche*, n°57813/00, §96-106, dans lequel elle nie l'émergence d'un consensus européen en matière d'autorisation de don de gamètes en vue d'une fécondation *in vitro*, pour laisser à l'Autriche une certaine marge d'appréciation en la matière ; V. aussi CEDH, Gr. Ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakomopoulos c/ Grèce*, n°42202/07, §75 ; CEDH, Gr. Ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c/ Pays-Bas*, n°42857/05, §62.

³ *Ibid.*, p.2296, §12-13. V. CEDH, Gr. Ch., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, n°42326/98, où une marge est laissée à l'État concernant l'accouchement sous X pour concilier les intérêts de la mère à garder l'anonymat et de l'enfant au regard de son droit à la connaissance de ses origines, alors même que la France est le seul pays signataire à connaître ce procédé ; CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c/ France*, n°43835/11, dans lequel une marge est laissée quant à l'interdiction générale du port du voile intégral alors que 45 des 47 États membres n'avaient pas légiféré en la matière.

⁴ *Ibid.*, p.2297, §17. V. CEDH, Gr. Ch., 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n°65192/11, §78-80, dans lequel la Grande Chambre, en constatant l'absence de consensus sur la question de la légalité de la gestation pour autrui et de la reconnaissance du lien de filiation entre les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger et leurs parents d'intention, considère qu'il convient tout de même d'atténuer la marge d'appréciation laissée à l'État, se fondant sur le fait qu'est en cause un aspect essentiel de l'identité des individus. L'absence de consensus est ainsi clairement contournée.

⁵ *Ibid.*, §18-20. CEDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, n°74025/01, §81 ; CEDH, Gr. Ch., 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n°19010/07, §149, où la Cour considère qu'il est impossible de tirer des conclusions sur un éventuel consensus entre les pays signataires sur la question de l'ouverture de l'adoption coparentale, et laisse ainsi une marge d'appréciation restreinte alors qu'en réalité aucun consensus ne peut être identifié. V. aussi, CEDH, Gr. Ch., 15 octobre 2015, *Perincek et autres c/ Suisse*, n°27510/08.

⁶ *Ibid.*, §21 et suiv. En vue d'identifier de manière artificielle la présence d'un consensus pour réduire la marge nationale d'appréciation des États parties à la Convention, la Cour construit un consensus qui peut s'appuyer sur une « *tendance* » générale, qui est soit strictement européenne, soit plus largement internationale. V. dans le premier cas, CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos c/ Grèce*, n°29381/09, §92-93 ; CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, n°18766/11, CEDH, Gr. Ch., 7 juillet 2011, *Stummer c/ Autriche*, n°37452/02, §101-107. Dans le second cas, le juge européen utilise parfois la multiplicité des sources externes en vue de faire émerger ou non l'existence d'un consensus, V. CEDH, Gr. Ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n°34503/97, §76 et §86. Elle peut le faire aussi, de manière légitime, en vue d'interpréter les droits contenus dans la Convention lorsque leur seul contenu ne le permettait que peu, et s'appuie pour ce faire sur une convergence des sources, V. CEDH, Gr. Ch., 17 janvier 2012, *Stanev c/ Bulgarie*, n°363760/06, §245 ; CEDH, Gr. Ch., 9 juillet 2013, *Vinter c/ Royaume-Uni*, n°66069/09, §. Enfin, elle mobilise aussi la « *tendance internationale* », en choisissant parfois de manière discrétionnaire telle norme internationale plutôt qu'une autre, pour faire émerger artificiellement une forme de consensus en vue de réduire la marge nationale d'appréciation, V. CEDH, 8 avril 2014, *R.M.T c/ Royaume-Uni*, n°31045/10 ; CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c/ Turquie*, n°14793/08 ; CEDH, Gr. Ch., *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n°28957/95, §85.

souhaitable que la Cour adopte à l'avenir une démarche plus rigoureuse et, plutôt que de mobiliser un "consensus européen" dont elle ne définit ni les critères¹ ni sa fonction réelle dans l'exercice de son contrôle, délie le consensus de la marge d'appréciation et du contrôle de proportionnalité »². Le Professeur MARGUENAUD estime ainsi sobrement que « les modalités de mise en œuvre de la marge nationale d'appréciation ne sont pas d'une cohérence exemplaire »³, et on adhèrera à cette affirmation. Toutefois, la professeure GOESEL-LE BIHAN estime au contraire qu'il pourrait être possible d'identifier une certaine cohérence dans la jurisprudence de la Cour européenne sur cette question⁴. En effet, lorsque la présence ou l'absence consensus sont neutralisées, elle souligne qu'il est possible de constater que bien souvent, il est peu pertinent de les mobiliser au regard de la question posée⁵. Elle estime que le consensus n'étant qu'un facteur parmi d'autres, il n'a pas forcément à être le plus déterminant pour faire varier la marge nationale d'appréciation. Dans certains cas, ce sera donc plutôt la nature du droit invoqué et le domaine concerné qui prévaudront⁶, dans d'autres l'importance du droit pour le requérant⁷, ou encore la nature et la gravité de l'ingérence, ou enfin l'objectif poursuivi. Le Professeur GOESEL-LE BIHAN, citant Marcel PROUST, conclut ainsi en supposant que plus qu'une instrumentalisation du consensus, il s'agit plutôt d'une forme de « complexité ordonnée » dont les éléments entrent « dans des ensembles plus grands qu'eux-mêmes »⁸. Que l'on opte pour une vision négative ou que l'on puisse trouver une certaine logique dans l'appréciation du consensus, il demeure peu contestable qu'une clarification soit nécessaire, ces différenciations étant difficilement perceptible pour le juge interne. La

¹ V. sur ce point G. GONZALEZ, art. préc., p.124.

² F. SUDRE, art. préc., p.2294, §31.

³ V. J.-P. MARGUENAUD, « Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : le passé d'un avenir », *D.* 2020, p.2129.

⁴ V. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le consensus européen : une tentative de démythification », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.277.

⁵ Selon l'auteur, cette absence de pertinence semble prendre deux formes. Une forme matérielle d'une part : le consensus est bien présent sur le principe, mais ne se prolonge pas ensuite sur le plan de ses modalités d'application. C'est le cas dans l'arrêt *Sitaropoulos* précité, où elle estime que le « grief porte non pas sur la reconnaissance du droit de vote des expatriés proprement dit [...] mais sur les modalités de son exercice » (§70). Ces dernières étant variées, se fonder sur le consensus est peu pertinent. Une forme temporelle d'autre part : le consensus n'existait pas à l'époque où la mesure a été prise et commence à n'émerger qu'au moment de la décision, si bien qu'il n'est pas pertinent de le mobiliser, V. l'art préc. p.278.

⁶ Ainsi, en ce qui concerne le droit de vote (*Hirst c/ Royaume-Uni*, déc. préc.), mais aussi lorsque la mesure contestée touche à la stratégie sociale de l'État (*Stummer c/ Autriche*, déc. préc.), la marge laissée est ample, tandis qu'elle est restreinte lorsqu'il est question de la liberté d'expression restreinte dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général (*Perinçek c/ Suisse*, déc. préc.).

⁷ C'est notamment le cas lorsqu'il est question du droit au respect de la vie privée et familiale, V. par ex. CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, art. préc., §80, où la CourEDH estime qu'« il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'Etat défendeur en l'espèce ». Il en est de même dans l'arrêt *Oliari c/ Italie*, déc. préc.

⁸ V. V. GOESEL-LE BIHAN, art. préc., p.284.

pédagogie sera donc de rigueur sur cette question, pour que le juge judiciaire puisse efficacement exercer son contrôle et rapprocher ses méthodes de celles de la Cour européenne.

331. La nécessité pour le juge judiciaire d'exercer un contrôle de proportionnalité *lato sensu*. Pour favoriser le dialogue, encore faut-il parler le même langage, ou *a minima* un langage suffisamment proche pour qu'il puisse être intelligible par tous les interlocuteurs amenés à contrôler la norme. Or, nous verrons que le contrôle de proportionnalité qui est exercé par le juge judiciaire diffère profondément de celui qui est exercé par la Cour européenne. En effet, le second comprend des composantes bien plus diverses, flexibles et amenées à varier selon le droit dont il est question, alors que le premier est réduit à un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, le plus souvent au travers de la seule balance des intérêts en présence, voire à une simple déclaration de compatibilité. Dans un contexte où le principe de subsidiarité est valorisé, et où le juge judiciaire sera amené à exercer au premier chef un plein contrôle de conventionnalité, à la fois du contenu et de l'application des lois, cette situation n'est pas satisfaisante. Le Professeur SUDRE énonce d'ailleurs, et on se rangera à cette position, que « *la Cour de cassation ne paraît pas, à cet égard, avoir pris la pleine mesure du contrôle de proportionnalité « vertical » et peine à changer de logiciel lorsqu'elle a à se prononcer sur la proportionnalité d'une atteinte à un droit garanti par les articles 8 à 11 de la Convention* »¹. Il conclut ensuite que « *le juge judiciaire ne saurait se contenter d'invoquer, tel un mantra, le « juste équilibre » et, somme toute, selon la jolie formule d'un auteur, de préférer « le «flair» à la méthode* »² »³. Dans la mesure où le juge judiciaire s'est octroyé le pouvoir de contrôler l'application de la norme, et où la Cour européenne et le Conseil de l'Europe semblent aller dans le même sens, un approfondissement sur la méthode serait désormais très largement justifié et profitable. Le « triple test » de proportionnalité à l'euro-péenne pourrait ainsi être utilisé selon le modèle précédemment décrit, en fonction des droits dont il est question. Le contrôle de proportionnalité du juge judiciaire est en effet pour l'instant assez restreint, voire inexistant dans certains cas, et demeure protéiforme.

¹ F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doctr. 289, p.502, spéc. p.510, §40.

² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, §422.

³ F. SUDRE, art. préc., p.513, §53.

II. Un contrôle de proportionnalité du juge judiciaire protéiforme

332. Comme le souligne le Professeur FULCHIRON, « *au fil des arrêts, la Cour construit donc le régime du contrôle de proportionnalité. La situation est loin d'être stabilisée. Mais peut-il en être autrement compte tenu de la révolution engagée ? La constance et la prudence de la Cour sur la forme (montrent le soin qu'elle prend à inscrire le contrôle dans le cadre des techniques classiques de la cassation), comme sur le fond (en témoigne son souci de laisser aux juges du fond une grande liberté d'appréciation), prouvent en tout cas sa volonté d'imposer ce contrôle comme une dimension « naturelle », et si possible dépassionnée, du contrôle de conventionalité. Est par là même réaffirmée la mission des juges nationaux en tant que premiers garants du respect des droits et libertés de l'individu* »¹. Une telle affirmation nous semble toujours valable quelques années plus tard, la Cour de cassation faisant preuve de pédagogie en la matière, notamment au travers des rapports qui évoquent presque systématiquement cette question. Cette « méthode », très critiquée², n'est pas nouvelle³, mais a pris une ampleur qui a déjà été constatée depuis plus d'une vingtaine d'années⁴ et qui irrigue le raisonnement du juge français tant lorsqu'il est prescrit par la loi que lorsqu'elle y est soumise.

333. Le contrôle de proportionnalité prescrit par la loi. La proportionnalité n'était pas inconnue du droit français, la loi pouvant elle-même conférer un tel pouvoir au juge. Un

¹ V. H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité, questions de méthode », *D.* 2017, p.656.

² Le terme même de « méthode » peut même être sujet à interrogations, V. par exemple, F. ROUVIÈRE, « Existe-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités*, n°24, ENM, décembre 2020, p.35. Pour un regard critique, V. F. BOULANGER, « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.* 2016, p.250 ; A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p.137 ; E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.183 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p.70 ; F. ROUVIÈRE, « Proportionnalité : Aristote et Thomas d'Aquin à la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2021, p.741 ; « La proportionnalité en quête de mesure », *RTD civ.* 2018, p.257 ; F. CHÉNEDÉ, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142 ; J. HAUSER, « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », *RTD civ.* 2016, p.831.

³ V. par exemple, M. GUYOMAR, « Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.323.

⁴ Pour un travail doctoral d'ampleur en la matière, V. P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préface Frédéric SUDRE, PUAM, 2005. Le Professeur MUZNY débute d'ailleurs sa thèse en mentionnant qu'elle tire son origine de l'ampleur grandissante que la proportionnalité a prise dans les pays européens, sous l'influence de la Cour européenne notamment. V. aussi, pour une analyse qui s'est vérifiée, P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, p.49.

exemple emblématique est celui de la légitime défense¹, qui reste l'un des plus datés dans lequel le juge exerce un contrôle de proportionnalité dans le cadre de l'application d'un texte. La référence à cette technique est désormais² explicite, et a une fonction souvent neutralisante de l'infraction, qui se développe aussi en matière de divulgation de secret protégé par la loi³, ou encore de discrimination⁴. Elle irrigue ainsi la plupart des branches du droit français. La proportionnalité s'applique par exemple très largement lorsqu'il s'agit pour le juge de décider d'une sanction⁵, ce qui se retrouve aussi en matière contractuelle⁶, en droit des sûretés⁷, ou encore en ce qui concerne les mesures judiciaires de protection des majeurs⁸, et se diffuse très largement en droit du travail⁹. Il faut toutefois mentionner que dans ces cas, le contrôle de proportionnalité qui est inclus dans ces dispositions est prévu par la norme et guide son application. Il peut être sous cet angle perçu comme outil de modération¹⁰ de la règle par le juge, en vertu d'un pouvoir que lui confère la norme elle-même. Si certains exemples d'un contrôle de proportionnalité d'origine légale sont datés, il ne faut pas occulter que sa diffusion croissante¹¹ est relativement récente, et résulte de l'influence de la jurisprudence de la Cour

¹ L'article 122-5 du Code pénal dispose : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* ».

² En effet, en 1810, l'article 328 du Code pénal ne détaillait pas les conditions de la légitime défense. La proportionnalité a été explicitement intégrée par la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal. La construction a donc été jurisprudentielle.

³ S'agissant du lanceur d'alerte notamment, l'article 129-9 du Code pénal prévoit son irresponsabilité pénale « *dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* ».

⁴ Plus particulièrement en matière d'embauche, la discrimination peut être écartée, pour un motif qui « *constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* » (article 225-3 du Code pénal, 3°).

⁵ La proportionnalité irrigue en effet le droit de la peine. Pour un autre exemple, certes anecdotique mais intéressant par son ancienneté, en matière de mariage, on mentionnera l'article 192 qui prévoit pour les « *parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune* » en cas de défaut de publication.

⁶ La proportionnalité avait d'ailleurs déjà fait l'objet d'une étude approfondie en la matière, V. la thèse de S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, L.G.D.J., 2000.

⁷ On ne saurait occulter la proportionnalité en matière de cautionnement, bien connue et désormais prévue à l'article 2300 du Code civil par l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

⁸ L'article 428 du Code civil impose en effet que la mesure de protection judiciaire soit « *proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé* ».

⁹ Les dispositions dans lesquelles la proportionnalité est mentionnée sont très nombreuses. En écho aux dispositions du Code pénal précitées, on retrouve par exemple en matière de discriminations l'article L1132-1, ou encore l'article L1142-2. Du Code du travail.

¹⁰ Sur ce « *pouvoir modérateur* » du juge, pour rappel, V. J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

¹¹ Cela conduit certains auteurs à considérer que « *la proportionnalité s'apprête peut-être à envahir la jurisprudence comme le droit souple a envahi la législation et le paysage juridique en serait transformé peu à peu, mais en profondeur. Ce que nous avons appris, il faudrait alors non pas l'oublier mais le nuancer à l'extrême et se décider à voir le droit autrement* », V. Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « *Révolution tranquille à la Cour de cassation* », *D.* 2014, p.2061.

européenne des droits l'homme, dont le juge judiciaire s'inspire pour contrôler la norme. La proportionnalité prescrite par la norme résulte donc en grande partie de la proportionnalité utilisée pour la contrôler : les deux contrôles n'ont donc certes pas la même origine, ni la même finalité¹, mais demeurent inextricablement liés. Le présent paragraphe ne s'intéressera toutefois qu'au contrôle de proportionnalité à laquelle la loi est soumise, mais il était indispensable d'évoquer préalablement une telle nuance.

334. La loi soumise au contrôle de proportionnalité. Lorsque la proportionnalité est mobilisée pour contrôler la loi, le raisonnement est différent : elle permet au juge d'en écarter le contenu ou l'application à l'espèce, sans que la norme ne le lui permette. Elle est ainsi un outil d'éviction de la loi, et non de son application, ce qui a justifié un nombre si massif de contributions sur ce sujet qu'il en devient difficilement lisible². Du point de vue des rapports

¹ Ce qui justifiera de n'approfondir que le contrôle de proportionnalité à laquelle la norme est soumise.

² Nous nous permettons d'illustrer le propos par la citation d'un grand nombre de contributions, sans exhaustivité toutefois.

Pour des approches générales, V. par exemple, J.-P. MARGUÉNAUD, « L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises », *RTDH* 2020/2, p.139 ; « De la juste place européenne de la proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p.301 ; P. DUCOULOMIER, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017, p.1778 ; C. FATTACCINI, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) », *D.* 2015, p.1734 ; J.-P. GRIDEL, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 05/03/2009 n°46, p.113 ; M. GUYOMAR, « Proportionnalité et contrôle de cassation », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.219 ; E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Actes de la Conférence-débat, 24 novembre 2015, *JCP G*, n°1-2, janvier 2016, p.20, ou site internet de la Cour de cassation ; 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 ; S. PELLÉ, « Métamorphoses de la loi et contrôle de proportionnalité », in *Les métamorphoses de la loi*, Hommage à Jean FOYER, Panthéon-Assas, 2022, p.347 ; V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p.123 ; H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *D.* 2018, p.649 ; « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », *D.* 2018, p.467 ; « Le contrôle de proportionnalité, questions de méthode », *D.* 2017, p.656 ; « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p.2496.

Pour une approche par matières ou thématiques, V. B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », *D.* 2017, p.490 ; BERNARD-R. MENORET, V. FRAISSINIER-AMIOT, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », *LPA* 05/03/2009 n°46, p.102 ; J. MOULY, « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? », *Dr. soc.*, 2019, p.234 ; J. PRADEL, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.* 2019, p.490 ; S. PELLÉ, « Contrôle de proportionnalité et droit pénal : quelle « doctrine » pour la chambre criminelle ? », *D.* 2022, p.1186 ; M. BOUCHET, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC* 2017, p.495 ; C. SAAS, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.* 2017, p.961 ; G. CHETARD, « Décrocheurs de portraits, état de nécessité et contrôle de proportionnalité : la chambre criminelle recadre le débat », *AJ pénal* 2021, p.533 ; H. FULCHIRIN, « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », in A. GOGOS-GINTRAND, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG (dir.), *2010-2020, Une décennie de lutations du droit de la famille*, actes du colloque organisé les 25 et 26 novembre 2021 par le CERFAPS, Dalloz, 2021, p.35 ; A.-F. ZATTARA-GROS, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », *LPA* du 05/03/2009 n°46, p.32 ; D. POUPEAU, « Enlèvement de caravanes et contrôle de proportionnalité », *AJDA* 2015, p.2467 ; A. LATIL, « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *JAC* 2016, n°39, p.18 ; Ph. MALINVAUD, « Le principe de proportionnalité et le droit de la construction », *RDI* 2016, p.437 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Proportionnalité et démolition », *RDI* 2016, p.283 ; M. SAULIER, « Prescription, contrôle de

entre jurisprudence et loi, la dimension est donc considérablement différente, puisqu'elle est dans ce cas émancipatoire. En la matière, il convient de distinguer selon qu'il est question du contrôle de proportionnalité exercé dans le cadre du contenu de la norme, de celui qui prévaut dans le cadre du contrôle de son application. D'autant que l'identification des intérêts en présence, simple en apparence, peut être bien plus subtile qu'il n'y paraît. La systématisation apparaît ainsi, tant du point de vue du contrôle du contenu que de l'application de la loi, assez complexe. Est-ce parce qu'elle n'est pas nécessaire, ou parce qu'elle est profondément incompatible avec les logiques du droit français ? Nous prendrons le parti de considérer que le cartographier avec précision est assez peu utile. Nous nous contenterons donc d'en identifier les différentes figures, au regard de la distinction « contrôle du contenu » et « contrôle de l'application » opérée dans la thèse. D'autres voies auraient été envisageables, fondées sur une distinction entre un « contrôle léger » et un « contrôle approfondi » en fonction des droits dont il est question, comme le préconise d'ailleurs le *memento* du contrôle de conventionnalité¹. L'observation des décisions de la Cour de cassation depuis 1975 nous a conduit à exclure une telle approche, dans la mesure où elle décrit davantage un modèle à suivre que l'identification d'une jurisprudence existante. Le contrôle de proportionnalité qu'exerce le juge judiciaire correspond ainsi à la « 5^{ème} étape » de la structure des arrêts préconisée dans le rapport sur la réforme de la Cour de cassation. L'analyse des diverses décisions rendues par la Cour de cassation conduisent à identifier un contrôle de proportionnalité protéiforme², qui est très

proportionnalité et motivation des décisions de la Cour de cassation », *AJ fam.* 2016 p.601 ; S. ROUSSEL, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 2021, p.780 ; N. CAYROL, « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », *RTD civ.* 2016, p.449 ; E. NAIM-GESBERT, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *LPA* du 05/03/2009 n°46, p.54 ; J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n°146, 2015 ; V. V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA* 2021, p.786 ; F. CLAUSEN, « Le contrôle de proportionnalité par la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA* 2021, p.800 ; C. GAUTHIER, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2021, p.793 ; L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA* du 05/03/2009 n°46, p.26 ; B. MÉNARD, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », *RTD civ.* 2022, p.1 ;

Pour une approche comparatiste, V. Ch. JAMIN, « Juger et motiver, Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p.263 ; A. LETURCQ, *Proportionnalité et droit fondamentaux, Recherches comparées sur le travail du juge américain au regard des expériences canadienne, sud-africaine et de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, 2012.

¹ *Memento* du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2018, site internet de la Cour de cassation.

² Le Professeur ROUVIÈRE souligne ainsi que « le contrôle de proportionnalité n'est pas un bloc un et indivisible », en le mettant en perspective avec ceux exclus *supra*, mais l'affirmation est aussi valable y compris lorsque la méthode est mobilisée dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité. V. F. ROUVIÈRE, « La proportionnalité en quête de mesure », *RTD civ.* 2018, p.257.

variable dans le cadre du contrôle du contenu de la loi (A), et qui comprend des particularités propres au contrôle de son application (B). Qu'il s'agisse du contrôle du contenu ou de l'application des lois, la proportionnalité s'appuie sur une balance des intérêts en présence, qui est elle-même variable (C).

A/ L'intensité variable du contrôle de proportionnalité du contenu de la loi

335. Le contrôle de proportionnalité qu'exerce le juge judiciaire dans le cadre du contrôle du contenu des lois est variable. Dans certains cas, il peut sembler implicite, aucun des critères énoncés par la Cour européenne ou la Convention n'étant mentionnés (1). Dans d'autres, il est davantage explicite, mais comprend tout autant de formes (2).

1/ Un contrôle de proportionnalité implicite

336. L'absence de contrôle de proportionnalité. La recherche des décisions et des formules utilisées par la Cour de cassation pour pratiquer un contrôle du contenu des lois a permis de déduire que dans certains cas, la norme en cause pouvait être jugée compatible¹, alors même qu'un contrôle de proportionnalité n'est pas absolument pas exercé. En effet, dans de nombreux cas, le brevet de conventionnalité peut être octroyé de manière presque péremptoire, sans que l'argumentaire du juge ne soit réellement détaillé. C'est notamment le cas lorsque le constat de conventionnalité est intégré au sein de la motivation dans une proposition subordonnée relative². Par exemple, c'est le cas dans des formulations du type : les dispositions de l'article X, « qui ne sont pas contraires »³, ou encore « dont les dispositions ne sont pas

¹ On notera qu'aucune de ces décisions ne conduisent au constat d'une incompatibilité : l'absence de contrôle de proportionnalité n'est ainsi présent que lorsque la compatibilité du texte est constatée.

² Au sens grammatical du terme. Dans tous les cas énoncés ci-après, la conventionnalité est donc nécessairement constatée en une seule phrase, qui se cantonne strictement au constat de la compatibilité du texte.

³ Toutes les décisions ne sont évidemment pas citées tant elles sont nombreuses, et comprennent des expressions telles que « n'est pas contraire », ou « non contraire à », dans le même ordre d'idée. Pour quelques exemples, aux références les plus synthétiques possible, Crim., 04/04/2001, n°00-84.465 ; 08/08/2001, n°01-83.790 ; 17/10/2001, n°01-82.352 ; 27/11/2001, n°01-85.055 (second moyen) ; 14/05/2002, n°02-80.721 ; 08/10/2002, n°02-85.149 ; 15/01/2003, n°02-80.955 ; 25/02/2003, n°02-87.745 ; 26/03/2003, n°03-80.180 ; 18/11/2003, n°03-85.050 ; 25/11/2003, n°03-85.076 ; 10/12/2003, n°03-80.203 ; 21/01/2004, n°03-80.328 ; 18/02/2004, n°03-87.234 ; 26/05/2004, n°04-82.795 ; 24/06/2004, n°02-87.630 ; 05/08/2004, n°04-82.957 ; 02/09/2004, n°03-86.981 ; 31/03/2005, n°04-83.037 ; 04/01/2006, n°05-83.096 ; 11/01/2006, n°05-81.730 ; 10/05/2007, n°06-86.188 ; 21/11/2007, n°07-85.922 ; 20/02/2008, n°07-83.458 ; 08/09/2009, n°09-83.941 ; 07/10/2009, n°09-80.807 ; 10/02/2010, n°09-81.690. V. aussi, Soc., 28/02/2001, n°98-42.191 ; 28/02/2001, n°98-42.174 ; Civ., 1^{ère}, 17/07/1996, n°93-10.662 et n°93-11.683 ; 10/07/2001, n°99-17.301 ; 28/02/2006, n°03-12.908 ; 12/12/2006, n°05-19.219 ; Civ. 2^{ème}, 02/12/2004, n°03-10.427 ; 10/02/2005, n°03-15.067 ; 03-15.068 ; 28/06/2006, n°04-17.913 ; 14/05/2009, n°08-13.967 ; Civ. 3^{ème}, 08/07/1992, n°91-70.162 ; 19/06/1996, n°94-70.32 et n°94-70.323 ; 14/12/1999, n°98-70.196 ; 07/06/2001, n°00-70.089.

contraires »¹, ou « dont les dispositions ne sont pas incompatibles »² avec tel ou tel droit fondamental. Ces seules propositions conduisent au constat de la compatibilité du contenu de la norme, si bien qu'aucun contrôle de proportionnalité n'est exercé³ : ce dernier n'est donc pas toujours explicité lorsque la conventionnalité du contenu des lois est contrôlée. Ce type de décisions, si elles conduisent certes à une sécurisation de la norme, sont toutefois assez peu satisfaisantes du point de vue des exigences européennes et sont d'ailleurs les plus éloignées de la méthode pratiquée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ces cas, il s'agit presque d'une compatibilité relevant d'un argument d'autorité, la Cour de cassation allant même jusqu'à estimer « *que de telles dispositions sont nécessairement compatibles avec l'exigence d'un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial* », sans pratiquer un quelconque contrôle de proportionnalité préalable⁴. On comprend aisément qu'un contrôle de proportionnalité du contenu de la norme ne soit pas systématiquement repris, mais encore eût-il fallu qu'il soit exercé dans une décision antérieure, ensuite citée explicitement en tant que précédent sur cette question. Une formule similaire pourrait ainsi être reprise, à laquelle s'ajouterait simplement une autre proposition du type « ces dispositions « déjà contrôlées dans la décision du X, n°X », ne sont pas contraires à l'article X de la Convention ». On observe que dans la plupart de ces décisions, il est question de l'examen de la compatibilité à l'article 6 de la Convention, ou, plus rarement, à l'article 7 ou encore à l'article 5§3⁵. Dans d'autres cas, le contrôle de proportionnalité est exercé mais n'est qu'implicite et très peu détaillé.

337. Un contrôle de proportionnalité implicite et restreint. Dans d'autres décisions, on peut distinguer trois formes de contrôle de proportionnalité implicite et restreint. D'abord, la

¹ Crim., 06/12/2000, n°00-81.648 ; 23/01/2001, n°00-83.268 ; 07/03/2001, n°00-84.411 ; 24/10/2001, n°01-81.039 ; 24/09/2002, n°02-83.021 ; 11/12/2002, n°01-84.450 ; 03/09/2003, n°03-81.413 ; 04/02/2004, n°02-87.025 ; 29/06/2004, n°03-84.198 ; 14/09/2004, n°03-87.745 ; 26/09/2006, n°05-86.583 ; 09/12/2008, n°08-86.248 ; Civ. 2^{ème}, 10/10/1996, n°96-01.013.

² Crim., 06/12/1989, n°89-86.111 ; 29/02/2000, n°98-87.642 ; 27/11/2001, n°01-85.055 (premier moyen) ; 26/06/2001, n°01-83.209 ; 22/01/2002, n°01-87.452 ; 13/02/2002, n°01-83.250 ; 03/04/2002, n°01-86.762 ; 04/04/2002, n°01-87.149 ; 09/10/2002, n°02-82.413 ; 04/03/2003, n°02-82.194 ; 08/09/2004, n°03-86.655 ; 02/06/2005, n°05-01.511 ; 11/09/2007, n°06-88.773 ; 17/06/2008, n°07-80.339 ; 15/09/2009, n°09-80.155 ; Civ. 1^{ère}, 08/06/1999, n°98-05.044 ; Civ. 2^{ème}, 02/06/2005, n°05-01.511.

³ C'est aussi le cas dans d'autres décisions, insusceptibles de systématisation dans la mesure où les formulations sont diverses, V. Crim., 06/12/1989, n°89-86.111 ; 18/02/2003, n°02-80.095 ; Soc., 16/05/1995, n°93-20.748 ; Com., 15/10/1996, n°93-13.844 ; 26/05/1998, n°96-10.582 ; Civ. 1^{ère}, 01/10/1986, n°84-17.090 ; 24/10/1995, n°94-05.075 ; 13/11/1996, n°94-15.252 ; 09/06/1998, n°95-22.295 et n°95-22.296 ; 01/04/2003, n°00-21.744 ; Civ. 2^{ème}, 25/03/1987, n°85-12.262 ; 01/02/1989, n°88-10.345 ; 13/02/1989, n°89-19.900 ; 17/05/1993, n°91-18.997.

⁴ La Cour ne faisait qu'exposer au paragraphe précédent que « *selon l'article 310 du Code de procédure pénale, le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut en son honneur et en sa conscience prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité* ». V. Crim., 01/02/1995, n°94-81.509.

⁵ V. Crim. 21/11/2007, n°07-86.179.

Cour de cassation peut mentionner les principes qui irriguent la norme contrôlée, pour les confronter se manière assez succincte aux droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme. Elle mentionne par exemple que « *les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice qui fondent les dispositions de l'article 528-1 du nouveau Code de procédure civile constituent des impératifs qui ne sont pas contraires aux dispositions de l'article 6.1 de la Convention* »¹. On y lit les prémices d'un contrôle de proportionnalité, mais qui n'est détaillé que dans les aspects relatifs aux enjeux protégés par la norme. Ensuite, une autre forme de contrôle de proportionnalité du même type peut être identifiée, lorsqu'il s'agit cette fois de mentionner les garanties offertes par le texte, pour en déduire leur compatibilité à un droit d'origine conventionnelle². Enfin, autre alternative à un tel contrôle, c'est parfois le champ d'application restreint du droit protégé qui permet de conduire à la compatibilité de la norme, le contrôle de proportionnalité n'étant ainsi pas détaillé³. Ces trois

¹ Soc., 09/11/2005, n°02-47.243. V. aussi, Crim., 13/12/2005, n°04-87.274, dans lesquels il est question de la protection de l'environnement, ou encore Civ. 2^{ème}, 31/05/2006, n°04-30.706, où il s'agissait de l'intérêt général du système de sécurité sociale national (pour un autre exemple, où il est aussi question de la « pérennité du système de protection sociale » : Civ. 2^{ème}, 08/11/2006, n°04-30.838).

² V. Crim., 03/07/1980, n°79-94.641 : « *la personne gardée à la disposition d'un officier de police judiciaire dans les conditions prévues par cette loi doit obligatoirement avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures, être conduite devant un magistrat de l'ordre judiciaire compétent aux termes de la loi pour prolonger, à deux reprises s'il y a lieu, la garde à vue pour une durée de deux jours, [si bien que], contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, les dispositions critiquées satisfont aux exigences de l'article 5 alinéa 3 de la Convention* » ; Crim., 11/07/1994, n°94-82.188, « *les dispositions du dernier alinéa de l'article 114 du Code de procédure pénale réservent la délivrance de copie des pièces du dossier d'instruction aux seuls avocats de parties, pour leur usage exclusif et sans qu'ils puissent en établir de reproduction ; que cette règle est compatible avec celle de l'article 6 de la Convention susvisée* ». Crim 05/06/1997, n°96-83.341 : s'agissant des visites domiciliaires en matière fiscale « *en ce qu'elles sont strictement définies par la loi et placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire, sont compatibles avec les dispositions de l'article 8 de la convention* ». Ou encore, Civ., 1^{ère}, 06/01/2010, n°08-18.871 qui estime que « *cette disposition ne porte pas atteinte au droit de l'enfant de préserver son identité, dès lors que cette enfant dispose d'un état civil conforme à la loi et aux relations qu'elle entretient avec son père depuis sa naissance* » pour conclure que l'article 334-3 du Code civil est conventionnel. V. aussi, Crim., 26/11/1998, n°98-80.905 ; 29/06/1999, n°97.84.166 ; 09/11/1999, n°99-85.618 ; 27/06/2000, n°99-84.854 ; 27/02/2001, n°00-85.474 ; 24/10/2001, n°01-81.039 ; 09/01/2002, n°01-84.693 ; 21/05/2008, n°08-80.017 ; Com., 13/03/2007, n°06-10.258. Soc., 25/02/1997, n°94-21.969 (12 arrêts) ; 04/03/1997, n°94-17.703 (4 arrêts) ; 18/03/1997, n°94-13.777 (3 arrêts) ; 01/04/1997, n°94-15.571 (3 arrêts) ; 29/04/1997, n°94-17.101 et n°95-10.102 ; 27/05/1997, n°94-19.433 et n°94-19.954 ; 24/06/1997, n°95-16.411 et n°94-18.185 ; 18/01/1989, n°87-44.285 ; 18/01/1989, n°87-45.681 ; 05/04/1989, n°87-45.682 ; 25/04/1989, n°88-13.262 ; 07/05/2003, n°02-60.607. V. aussi, Com., 18/04/1989, n°87-18.757 ; 27/10/1998, n°95-17.495. Ou encore, Civ., 1^{ère}, 01/02/2005, n°02-13.159 ; 13/06/2006, n°04-11.318 et n°03-19.653 ; Civ. 2^{ème}, 28/10/1999, n°98-11.764 ; 16/05/2002, n°00-20.129 ; 09/10/2003, n°02-15.412 ; Civ. 3^{ème}, 17/07/1991, n°89-70.384 ; 24/02/1993, n°91-70.062 ; 25/02/2002, n°01-70.042 ; 29/05/2002, n°01-70.175 ; 13/04/2005, n°04-70.069.

³ V. par exemple, Crim., 21/11/2001, n°01-80.417 ; 02/09/2005, n°05-80.181 : « *l'article 711 du Code de procédure pénale dont les dispositions ne sont pas incompatibles avec celles de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, lesquelles ne concernent que les procédures relatives au bien-fondé de l'accusation, ainsi qu'à la détermination de la culpabilité et de la peine* ». V. aussi, Crim., 12/10/2004, n°04-80.361 : « *l'article 410 du Code de procédure pénale dont les dispositions ne sont pas incompatibles avec celles de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, lequel ne confère pas à la personne poursuivie la faculté de s'abstenir de comparaître en justice* ». V. aussi, Crim., 26/06/1996, n°95-85.934 ; 26/02/1997, n°96-84.960 ; 26/03/1998, n°97-82.299 ; 09/02/2000, n°99-83.310 ; 15/03/2000, n°99-85.970 ; 12/09/2000, n°98-88.200, n°98-88.202 et n°98-88.204 ; 23/03/2005, n°04-83.973. V. enfin, Soc., 18/01/1989, n°87-45.596 ; Civ., 2^{ème}, 08/09/2005, n°04-12.277.

formes de contrôle de proportionnalité implicite sont assez éloignées de la méthode européenne, et mériteraient d'être approfondies pour satisfaire à ses exigences. Le contrôle de proportionnalité, toujours implicite, a aussi pu être identifié dans des décisions dans lesquelles la compatibilité était prononcée, mais de manière un peu plus détaillée.

338. Un contrôle de proportionnalité implicite et plus détaillé en cas d'incompatibilité. Lorsque la Cour de cassation doit écarter un texte parce que son contenu est contraire à un droit fondamental, c'est très naturellement qu'elle motive davantage sa décision, sans toutefois toujours pratiquer explicitement un contrôle de proportionnalité. Dans ces cas, elle détaille d'abord les principes irrigués par la Convention, puis les confronte directement au contenu du texte qui fait l'objet du contrôle pour en déduire son incompatibilité. C'était par exemple le cas s'agissant du contrôle de l'article 546 du Code de procédure pénale¹, dans lequel le principe de proportionnalité est implicite, et presque teinté d'une méthode syllogistique adaptée au contrôle de conventionnalité. En effet, la Cour énonce d'abord que « *le principe de "l'égalité des armes" tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits ; qu'il doit en être ainsi, spécialement, du droit à l'exercice des voies de recours* ». Elle le confronte ensuite au contenu du texte contrôlé : « *le droit de saisir la juridiction supérieure n'est reconnu par la loi interne qu'au seul procureur général, dans des hypothèses où ce même droit est refusé, par le premier alinéa de l'article 546 précité, tant à la personne poursuivie qu'à l'officier du ministère public et au procureur de la République* », pour en déduire enfin que « *dès lors, les dispositions du dernier alinéa de ce texte ne sont pas compatibles avec le principe conventionnel susénoncé* ». Le contrôle de proportionnalité est aussi similaire s'agissant de l'article 505 du Code de procédure pénale². La proportionnalité n'est ici pas explicitée, et les objectifs poursuivis par la norme ne sont pas mis en balance avec le droit au procès équitable. C'est aussi le cas dans un arrêt³ qui concernait l'article 374 I du Code des douanes : la chambre criminelle, après avoir mentionné le contenu de l'article 6§1 de la Convention⁴, le confronte au texte soumis à son contrôle. Elle estime ainsi que l'irrecevabilité

¹ V. par exemple Crim., 06/05/1997, n°96-83.512 ; 21/05/1997, n°96-85.532 ; 17/06/1998, n°97-85.801.

² Crim., 17/09/2008, n°08-80.598, dans lequel la Cour, après avoir rappelé que le même principe de l'égalité des armes, énonce « *que l'article 505 du code de procédure pénale ouvre au procureur général un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties par l'article 498 de ce code ; que, dès lors, les dispositions de ce texte ne sont pas compatibles avec le principe conventionnel énoncé ci-dessus* ». V. aussi, 10/02/2009, n°08-83.837 et n°08-82.702 ; 17/06/2009, n°08-86.384.

³ Crim., 29/11/2000, n°99-85.366.

⁴ Elle le cite ainsi : « *selon le premier de ces textes, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal décidant des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* ».

de l'appel et de l'intervention de la société n'aurait pas dû être prononcée, dans la mesure où « *les dispositions conventionnelles susvisées s'oppos[ient] à ce que, comme le prévoit l'article 374, paragraphe 1, du Code des douanes, la confiscation d'un objet ayant servi à masquer une fraude douanière soit prononcée par une juridiction pénale sans que son propriétaire connu ait été cité à comparaître* ». Similairement, la Cour estime « *qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un système de majorations d'impôt ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte ; que la majoration prévue par l'article 1728-3 du Code général des impôts constitue une sanction ayant le caractère d'une punition et que cette disposition n'a pas institué à l'encontre de la décision de l'administration un recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende* ». Elle déduit « *qu'il en résulte que l'application de l'article 1728-3 doit être dans cette mesure écartée au regard de l'article 6 1 de la Convention susvisée* ». Ces exemples¹ illustrent la difficulté pour la Cour de cassation d'adapter sa méthode à celle de la Cour européenne, et de pratiquer un contrôle de proportionnalité similaire. D'autres exemples du même type peuvent résulter de constat de compatibilité.

339. Un contrôle de proportionnalité implicite plus détaillé en cas de compatibilité.

Lorsque la norme est jugée compatible, son contenu a pu être confronté à celui du droit en tant que norme de référence du contrôle. Par exemple, lors du contrôle de l'article 1648 du Code civil², la première chambre civile avait pu d'abord rappeler « *que le droit à un tribunal consacré par l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme peut connaître des restrictions dans la mesure où il n'est pas atteint dans sa substance même, par des dispositions, notamment de délai, dont la clarté et la cohérence seraient insuffisantes* » pour ensuite confronter ces exigences au contenu du texte. Elle mentionne en effet ensuite « *que la notion de bref délai énoncée à l'article 1648 du Code civil, si elle n'indique pas une durée précise, n'en est pas moins claire dans son objectif et d'application simple selon une jurisprudence constante* » pour enfin en déduire « *que cette disposition ne saurait donc constituer une*

¹ V. aussi, Soc., 29/04/1997, n°95-20.001 ; 08/07/1997, n°95-21.761 ; 21/10/1997, n°96-10.431 ; 27/01/1998, n°96-10.735 ; 24/02/1998, n°96-15.406, n°96-15.456 et n°96-16.578 ; 30/06/1998, n°96-19.713 ; 06/10/1998, n°96-17.068, n°96-17.069 et n°96-18.422 ; 17/11/1998, n°96-21.749 ; 23/03/1999, n°97-13.700 et n°97-15.342 ; 04/05/1999, n°97-15.676 ; 01/06/1999, n°97-19.30, n°97-18.245 et n°97-18.246 ; 19/10/1999, n°97-18.943 ; 16/11/1999, n°97-18.944 et n°97-19.908 ; 19/12/2000, n°98-17.607. Ou encore, Com., 04/05/1999, n°97-11.468 ; 15/06/1999, n°98-10.931 ; 14/12/1999, n°97-20.881 ; 11/01/2000, n°97-20.882 ; 16/05/2000, n°98-12.875 ; 27/06/2000, n°97-22.351. Ou encore, Civ. 2^{ème}, 28/05/2009, n°08-13.939 ; 19/02/2009, n°07-20.668.

² Civ. 1^{ère}, 21/03/2000, n°98-11.982.

restriction inadmissible au droit d'agir ». Là encore, le contrôle de proportionnalité est seulement sous-entendu. Dans ces décisions¹, il est en quelque sorte déduit des quatre premières étapes précédemment citées, sans être réellement explicité. Dans d'autres cas, les objectifs de la norme sont clairement exposés et détaillés, et conduisent une fois de plus à un contrôle de proportionnalité plus approfondi mais qui n'est pas explicité. Par exemple, dans plusieurs décisions relatives aux adhésions et cotisations ordinaires, la Cour a pu estimer, sensiblement dans les mêmes termes, que « *le législateur a confié à l'ordre des médecins des missions de service public concernant l'organisation, le fonctionnement, la déontologie et la défense de la profession médicale, et qu'il l'a habilité à percevoir des cotisations dont le produit est destiné à couvrir les dépenses lui incombant, dans la limite de ses obligations légales et de ses missions précitées de service public* » et ajoute « *que les décisions des différents conseils de l'ordre des médecins peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel [et] que chaque médecin peut participer à la désignation des membres de ces conseils et qu'il conserve la possibilité de réaliser librement avec ses confrères des associations professionnelles et des syndicats, ou d'y adhérer* ». Elle en a ensuite déduit que « *eu égard à ces finalités et à ses modalités, ni le fait que l'ordre regroupe obligatoirement tous les médecins, ni le caractère obligatoire du paiement des cotisations, ne sont contraires à l'article 9 de la convention européenne* »². Ce contrôle de proportionnalité, s'il est implicite, demeure plutôt approfondi, et se rapproche de celui pratiqué lorsqu'il est explicité.

2/ Un contrôle de proportionnalité explicite

340. Un contrôle de proportionnalité explicité sans être nommé. Plusieurs figures d'un contrôle de proportionnalité peuvent être observées, sans que le terme « proportionnalité » ne soit mentionné. Leur contenu est mouvant, et peut être alternativement restreint ou approfondi, même si de manière générale le second cas est privilégié. D'abord, dans certaines décisions, il peut découler de la « nécessité »³ de la mesure en cause, et plus précisément de la nécessité

¹ Pour d'autres exemples, encore une fois en étant loin de l'exhaustivité, Crim., 27/02/2001, n°00-85.474 ; Soc., 11/05/2001, n°99-20.420 ; Civ., 1^{ère}, 04/07/2006, n°03-16.964 ; 13/03/2007, n°06-12.419.

² V. Civ. 1^{ère}, 26/04/1983, n°82-11.541, et dans le même sens, Civ. 1^{ère}, 29/02/1984, n°83-10.203 ; 16/01/1985, n°83-14.070 ; 04/06/1985, n°84-13.436 ; 30/10/1985, n°84-15.184 ; 22/04/1992, n°90-17.122.

³ Crim., 04/09/2001, 00-85.329 ; 02/09/2003, n°03-80.880 ; Civ., 1^{ère}, 28/06/2007, 06-12.061. Elle invite d'ailleurs les juges du fond à « *caractériser l'adéquation de cette mesure au but poursuivi, et partant sa nécessité* » (Civ. 1^{ère}, 31/01/1989, n°87-15.139). V. aussi, Civ. 3^{ème}, 17/07/1996, n°94-14.769. La Cour estime ainsi que « *les dispositions de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant aux Etats le droit de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général* ». Elle confirme la décision de la Cour d'appel qui avait effectué un contrôle de proportionnalité : elle retient pour valider le texte que « *les*

dans une société démocratique. C'est ainsi que la Cour de cassation, répondant à l'argumentaire des parties fondé en ce sens, a par exemple pu estimer que « *les dispositions de l'article L. 16 B de Livre des procédures fiscales assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle et des nécessités de la lutte contre la fraude fiscale* » pour directement conclure « *qu'ainsi, ces dispositions ne contreviennent pas à celles de l'article 8 de la Convention européenne* »¹. Le principe de proportionnalité est ainsi explicité, dans la mesure où il s'agit bien d'une mise en balance entre l'intérêt législatif garanti par la norme contrôlée, et l'article 8 de la Convention. Il demeure toutefois assez succinct, et n'est pas réellement nommé. D'autres exemples de citation de la « nécessité dans une société démocratique » témoignent d'un contrôle de proportionnalité un peu plus approfondi². Ensuite, autre figure de contrôle de proportionnalité explicite mais non nommée, celle de la balance des intérêts. Dans ces cas, elle pratique explicitement un contrôle de proportionnalité de la mesure, sans user du terme « proportionnalité ». Elle mentionne par exemple dans une décision du 9 décembre 2009, rendu dans la même lignée que l'affaire *Chassagnou*, que « *la loi, qui, à la suite d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme a instauré un droit d'objection à la chasse, n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que les atteintes au droit de propriété sont justifiées par des considérations d'intérêt public tenant à l'entretien et à la mise en valeur des espaces réservés à la chasse, ces règles visant à prévenir une pratique*

dispositions de la loi du 10 juillet 1964 étaient relatives à la protection de la faune et de l'environnement contre la chasse sauvage et à l'organisation d'un meilleur exercice du sport lui-même », que « *le regroupement des petites propriétés en des territoires de chasse suffisants permettait l'exercice de ce sport par les plus démunis et, enfin, que l'admission de droit du propriétaire ayant apporté son terrain à l'ACCA qui était une contrepartie de cet apport, ne mettait à sa charge aucune obligation de faire acte d'adhésion à cette association* ». V. aussi, Crim. 04/09/2001, n°00-85.329, dans lequel la Cour estime « *qu'en interdisant la publication, la diffusion et le commentaire, par quelque moyen que ce soit, de tout sondage d'opinion en relation avec l'une des consultations visées par l'article 1er de la loi du 19 juillet 1977, les textes fondant la poursuite instaurent une restriction à la liberté de recevoir et de communiquer des informations qui n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'article 10. 2 de la Convention susvisée ; qu'étant incompatibles avec ces dispositions conventionnelles, ils ne sauraient servir de fondement à une condamnation pénale* ».

¹ Com., 24/03/1998, n°96-30.100.

² Par exemple, V. Civ. 2^{ème}, 28/09/2000, n°98-16.486. La Cour énonce d'abord « *que le principe de la liberté d'expression posé par le premier paragraphe de l'article 10 de la Convention susvisée peut comporter des restrictions et sanctions prévues par le paragraphe 2 dudit article, nécessaires dans une société démocratique pour préserver notamment l'ordre public et les droits ou la réputation des individus ; que tel est l'objet de l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881* ». Elle effectue ensuite un contrôle de proportionnalité assez approfondi, en soutenant « *que le délit d'offense publique envers un chef d'Etat ou de gouvernement étranger répond au souci du législateur de faciliter les relations internationales de la France en accordant à des hauts responsables politiques étrangers une protection particulière contre certaines atteintes à leur honneur ou à leur dignité ; que ce délit tend à sanctionner un usage abusif de la liberté d'expression, mais ne fait pas obstacle aux critiques de nature politique ; que l'interdiction d'opposer l'exception de vérité est prévue par la loi dans d'autres cas, notamment par l'article 35 de la loi précitée ; que, contrairement au droit commun de la diffamation, la preuve de l'intention d'offenser doit être établie à l'encontre de l'auteur des propos poursuivis, qui n'est pas dépourvu de moyens de défense, la bonne foi exonératoire pouvant toujours être démontrée, de sorte que le procès n'a pas un caractère inéquitable* », pour ensuite conclure à la compatibilité du contenu du texte. V. aussi, Crim., 20/06/2006, n°05-86.690 ; Soc., 19/12/2002, n°00-22.085.

désordonnée de la chasse et à favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique »¹. Enfin, une troisième figure de la proportionnalité se retrouve aussi au travers la réalisation du « juste équilibre »² entre les intérêts protégés par la norme et la protection des droits fondamentaux d'un ensemble d'individus. Un exemple évocateur peut être cité. Dans un arrêt du 27 février 1991³, la troisième chambre civile énonçait déjà que dans la mesure où « le bailleur, qui offrait le renouvellement du bail, avait toujours la possibilité de discuter le loyer devant la juridiction compétente », il était possible de déduire que « le décret du 30 septembre 1953 permettant, en ce domaine, de réaliser un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » et donc que le texte « n'était pas contraire aux dispositions de l'article 1er du protocole additionnel à la Convention européenne ». Certes, le contrôle de proportionnalité exercé est relativement succinct, mais est explicité par l'évocation de la nécessité de ménager le juste équilibre en question. Il est davantage approfondi lorsqu'il est explicité et nommé.

341. Un contrôle de proportionnalité explicitement nommé. La proportionnalité est dans certains cas explicitement nommée, et l'on observe que cela conduit à un approfondissement de la méthode, qui traduit un contrôle plus lourd. Par exemple, dans un arrêt du 17 avril 2008⁴, la deuxième chambre civile a pu estimer que « n'est pas contraire aux dispositions de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prescrivant le respect des biens

¹ Civ. 3^{ème}, 9/12/2009, 09-11.333. Dans l'arrêt du 16 mars 1994 précité (V. §32), la Cour de cassation avait utilisé un contrôle de proportionnalité similaire pour constater la compatibilité du dispositif de la loi Verdeille : « ayant relevé qu'il n'était mis aucune obligation à la charge des membres de droit que sont les propriétaires ayant apporté leurs terrains à l'association, à l'égard desquels n'étaient prévues ni dispositions coercitives, ni sanctions, que ces membres pouvaient participer à l'action de l'association ou s'en abstenir et que la mission de service public de l'association excluant tout rapport contractuel entre les adhérents, l'admission de droit et gratuitement des propriétaires tenus à apport n'était qu'une contrepartie de cet apport, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ». Comme nous l'avions évoqué (V. §252), la décision de la Cour européenne citée dans l'arrêt de 2009 avait conduit la France à modifier sa législation, désormais compatible à la Convention comme l'affirme la Cour de cassation dans le présent arrêt.

² Il est parfois aussi question de « conciliation » entre des intérêts divergents, V. par exemple, Crim., 28/11/2007, n°06-82.077, dans lequel la Cour de cassation estime que « les dispositions de l'article L. 450-4 du code de commerce ne contreviennent ni à celles de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que le droit à un procès équitable est garanti tant par l'intervention du juge, qui vérifie le bien-fondé de la requête de l'administration, que par le contrôle exercé par la Cour de cassation, ni à celles de l'article 8 de la même convention, dès lors qu'elles assurent la conciliation du principe du respect de la liberté individuelle et des nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ». V. aussi, Crim., 25/01/2001, n°98-30.407, dans lequel la Cour énonce plus succinctement que « les dispositions de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle et des nécessités de la lutte contre la fraude fiscale ; qu'ainsi, ne sont pas contraires à ces dispositions l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

³ Civ. 3^{ème}, 27/02/1991, n°89-18.729. V. similairement, Civ. 3^{ème}, 12/06/1996, n°94-14.862.

⁴ Civ. 2^{ème}, 17/04/2008, 07-12.143.

l'application immédiate d'un texte réglementaire modifiant la valeur du point de retraite d'un régime de retraite par répartition dont les prestations sont versées chaque année au moyen des cotisations recouvrées, dès lors que cette application immédiate est commandée par la nécessité d'intérêt général consistant à assurer l'équilibre financier de ce régime et qu'elle ne revêt pas un caractère disproportionné ». L'absence de disproportion est ensuite justifiée en profondeur, au travers plusieurs critères qui sont explicités un à un, pour justifier une application immédiate du texte contrôlé¹. La proportionnalité est aussi mentionnée par la troisième chambre civile dans un arrêt du 20 mai 2009², dans lequel elle mentionne que « *l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui consacre le droit d'accès à un tribunal permet à l'Etat de l'assortir de restrictions dans un but légitime, à condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens soient proportionnés à ce but* ». Elle apprécie ensuite la proportionnalité du délai de forclusion en cause, ce qui conduit à son application³. La chambre commerciale fait d'ailleurs de même lors du contrôle de dispositions relatives à l'impôt de solidarité sur la fortune, reprenant le contrôle pratiqué par les juges du fond qui estimaient « *que sa finalité est celle, évidente, de l'intérêt général auquel contribue toute imposition, et que la proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ne peut être sérieusement contestée, la loi, notamment avec le système de plafonnement, maintenant un juste*

¹ À titre indicatif, la Cour mentionne que « *le régime d'assurance vieillesse des médecins est un régime légal autonome de sécurité sociale fondé sur les principes de solidarité nationale et de répartition, l'article D. 645-5 du code de la sécurité sociale disposant que les prestations ne peuvent être garanties que dans la limite des ressources qui y affectées ; que dans ce cadre et par application de l'article L. 922-11 du même code, l'équilibre financier du régime doit être recherché et que le pouvoir exécutif peut, dans ce but, déterminer par décret le montant des cotisations et de la valeur du point de retraite ; que le décret du 26 mars 1999 n'a pas prévu de dispositions transitoires particulières, de date d'application ou de distinction à effectuer selon que la pension de retraite était ou non déjà liquidée, impliquant dès lors une application immédiate et générale à tous les assurés ; que les nouvelles mesures ne portent pas atteinte aux principes de non-rétroactivité et de sécurité juridique puisque ni le nombre de points acquis ni le mode de calcul de la pension de l'intéressé n'ont été remis en cause pas plus que les sommes à lui verser jusqu'au 1er avril 1999 en application du régime précédent ; que la nouvelle valeur du point n'a été appliquée en fonction du nombre de points acquis que pour les sommes versées postérieurement au décret, ce qui ne saurait être contraire au principe d'intangibilité des droits déjà liquidés posé par l'article R. 351-10 du code de la sécurité sociale* ». Elle en déduit ensuite « *que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un moyen inopérant, a exactement déduit que la caisse devait appliquer immédiatement la nouvelle valeur du point de retraite à ses allocataires* ».

² Civ. 3^{ème}, 20/05/2009, 08-13.813.

³ Encore une fois à titre indicatif, elle estime ainsi « *que si le délai de forclusion de deux ans prévu par l'article 1676, alinéa 2, du code civil pour exercer l'action en rescision pour lésion justifié par la nécessité d'assurer la sécurité des transactions court contre le majeur sous tutelle alors que, du fait de l'instauration de cette mesure, il est privé du droit d'ester en justice, il n'en résulte pas pour autant une entrave à l'accès aux tribunaux dès lors que le droit d'action de l'incapable majeur, dont le bien ne peut être vendu qu'avec l'autorisation du juge des tutelles, est exercé par l'intermédiaire de son représentant légal ; qu'ayant constaté que l'action avait été engagée au début du mois de juillet 2003 alors que la vente avait été conclue le 20 juin 1997, la cour d'appel en a exactement déduit, sans violer les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la forclusion était acquise* ».

équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits de l'homme »¹. L'exemple déjà mentionné de l'arrêt de la chambre commerciale du 12 mai 2021² peut aussi être cité au titre d'un contrôle de proportionnalité détaillé en cas de contrôle indirect du contenu de la norme. Les différentes données du contrôle de proportionnalité sont ainsi explicitées. Elle mentionne les objectifs poursuivis par la norme, opposées aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, au regard de l'interprétation antérieure du texte par la Cour de cassation, ce qui la conduit à estimer que « *la possibilité de régularisation jusqu'à ce que le juge statue n'empêcherait pas le contrôle du juge et ne porterait aucune atteinte aux intérêts légitimes de la partie défenderesse. Par ailleurs, les objectifs de sécurité juridique et de bonne administration de la justice, auxquels répond l'irrecevabilité pour défaut d'une des mentions requises, ne seraient pas affectés par l'ouverture d'une telle possibilité de régularisation* » (12). Elle en conclut que « *l'article R. 411-21 du code de la propriété intellectuelle, tel qu'il a jusqu'à présent été interprété, n'assure pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, et porte une atteinte excessive au droit d'accès au juge* » (§13). Elle donne ensuite l'interprétation qu'il faut ensuite donner au texte pour le rendre conforme (§14). Dans certains cas, plus rares, elle pratique nommément le contrôle de proportionnalité, mais par référence aux moyens des parties³. Dans d'autres cas, le contrôle est pratiqué explicitement mais de manière plus succincte⁴.

¹ Com., 25/01/2005, n°03-10.068. Elle a ensuite ajouté que « *l'impôt de solidarité sur la fortune comportant plusieurs tranches tenait compte des facultés contributives de chacun des redevables à raison de l'importance et de la nature du patrimoine qui en constituait l'assiette, et a déduit de ces différents éléments que les demandes tirées du caractère confiscatoire de l'impôt de solidarité sur la fortune ne pouvaient, par conséquent, être accueillies* ».

² Com., 12/05/2021, n°18-15.153. Il s'agissait, pour rappel, d'une question d'opposition contre l'enregistrement de l'appellation d'un produit pharmaceutique. V. §43 de la thèse.

³ Soc., 07/12/2000, n°99-16.832 et n°99-16.833. Les parties estimaient ainsi que « *que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans le strict respect du principe de proportionnalité ; que la seule considération d'un intérêt financier ne constitue pas une cause d'utilité publique ; [...] que pour priver autoritairement [le demandeur] de ses droits de créance [...], la cour d'appel s'est contentée d'affirmer que cette privation était justifiée par l'intérêt financier de l'Etat sans nullement rechercher s'il existait un "juste équilibre" avec l'atteinte portée aux droits garantis ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Ce à quoi la Cour répond que « *comme le soutient exactement le pourvoi, l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'oppose à l'application de l'article 34 de la loi du 27 décembre 1996, validant les versements effectués par les organismes de sécurité sociale aux établissements de santé privés régis par l'article L. 162-22 du Code de la sécurité sociale* ». V. dans un sens similaire, Soc., 01/02/2001, n°99-11.463 (3 arrêts) ; 26/04/2001, n°99-21.032 (5 arrêts) ; 31/05/2001, n°99-20.498 30 arrêts) ; 21/06/2001, n°00-10.094 (19 arrêts) ; 21/02/2002, n°00-14.464 (3 arrêts) ; 14/11/2002, n°01-20.108 ; 27/02/2003, n°00-15.280.

⁴ V. par exemple, Crim., 04/05/2004, n°03-84.894, dans lequel la Cour valide la compatibilité du texte contrôlé « *dès lors que la différence de traitement introduite entre la presse écrite et les chaînes de télévision par l'article L. 3511-5 du Code de la santé publique, qui autorise ces dernières à retransmettre les compétitions de sport mécanique se déroulant dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée, procède d'une distinction objective et proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis par la loi* ».

342. Synthèse. Le contrôle de proportionnalité tel qu'il est utilisé par la Cour de cassation lorsqu'est concernée la compatibilité du contenu de la norme est protéiforme. Il est parfois totalement absent du raisonnement de la Cour, parfois implicite et très restreint, puisque déduit de la légitimité des intérêts protégés par la norme, des garanties qu'elle offre, voire du champ d'application restreint du droit en cause. Il peut aussi être implicite mais plus approfondi dans la mesure où sont confrontés les intérêts divergents en jeu. Lorsqu'il est explicité, ses traductions sont tout aussi diverses, puisqu'il peut être déduit de la nécessité de la mesure, ou se confondre avec la nécessité dans une société démocratique, voire être directement mentionné en tant que principe de proportionnalité, sans distinction réelle avec la notion de « juste équilibre » ou de « balance des intérêts ». Il est ainsi beaucoup moins approfondi que celui qui est exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, voire que celui qu'exerce le Conseil d'État¹, et peut être assimilé au contrôle « *stricto sensu* » précédemment évoqué. Toutefois, il semble que dans les arrêts les plus récents, il soit davantage approfondi. Cela semble découler des réflexions menées par la Cour de cassation dans le cadre du contrôle de l'application de la loi, dont on peut observer qu'il est un facteur de stimulation d'une motivation plus approfondie.

B/ Les particularités propres au contrôle de l'application de la loi

343. Plus récent, le contrôle de l'application des lois a fait plus rapidement l'objet d'un contrôle de proportionnalité explicité. Contrairement au contrôle du contenu de la loi, il a donc été systématiquement explicité et approfondi. Il est toutefois embryonnaire, dans de très rares cas (1), et demeure détaillé dans la grande majorité des décisions étudiées (2).

¹ Sur cette question, V. M. GUYOMAR, « Proportionnalité et contrôle de cassation », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.219, spéc. p.227. L'auteur estime d'ailleurs que « le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle de plus en plus approfondi et sophistiqué du respect du principe de proportionnalité. Alors qu'il intervient désormais, pour la majeure partie des affaires qu'il traite, en qualité de juge de cassation de la juridiction administrative, le Conseil d'État ne laisse pas hors de sa main la question délicate des arbitrages à effectuer sous le pavillon de ce standard juridique de plus en plus fréquemment invoqué au prétoire. Il a su adapter l'importance des enjeux en cause ». V. not. CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n°317827, dans lequel le Conseil d'État, citant l'article 8 de la Convention européenne, pratique un contrôle de proportionnalité approfondi en le détaillant, sur le modèle de la Cour européenne. Cela conduit d'ailleurs à l'annulation de l'article 5 du décret du 30 avril 2008 « en tant qu'il prévoit la collecte et la conservation des empreintes digitales ne figurant pas dans le composant électronique », dans la mesure où « les mesures prescrites par le décret ne sont pas adaptées, nécessaires et proportionnées », chacune des composantes ayant fait l'objet d'une analyse approfondie.

344. Un contrôle de proportionnalité embryonnaire dans l'arrêt du 4 décembre 2013.

Au sein de l'arrêt fondateur du 4 décembre 2013¹, figure seulement la mention que « *le prononcé de la nullité du mariage [de l'ex-beau-père avec son ex-belle-fille] revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans* ». Les seuls paramètres qui pourraient suggérer une « disproportion de l'atteinte à l'objectif poursuivi », résident dans la durée du mariage et dans l'absence d'opposition. Seul un embryon de contrôle de proportionnalité *stricto sensu* était ainsi consacré, suivant la motivation lapidaire des arrêts de la Cour de cassation. Une telle décision témoigne de leur inadéquation avec les méthodes européennes, si bien qu'une telle concision semble désormais faire figure d'exception, du moins lorsqu'un contrôle de l'application des lois est effectué. L'autre cas dans lequel la proportionnalité est peu approfondie est davantage compréhensible, dans la mesure où le contrôle n'est qu'imposé aux juges du fond.

345. Les directives imposées aux juges du fond. Lorsque la Cour de cassation impose aux juges du fond de répondre à des conclusions tendant à exercer un contrôle de l'application des lois, il a pu lui arriver de proposer un certain nombre de critères que devra prendre en compte la Cour d'appel de renvoi. Ainsi, dans l'arrêt précité du 10 juin 2015², la première chambre civile impose aux juges du fond de mettre en balance les intérêts d'un homme à l'origine d'une demande d'expertise biologique destinée à faire établir sa filiation paternelle, qui revendique la protection de son droit à la vie privée et familiale, et ceux des deux filles du défunt qui souhaitent protéger leurs droits successoraux. On a ainsi une opposition entre la protection d'un droit contenu dans la Convention et les impératifs imposés par un texte d'origine nationale, qui impose un contrôle de proportionnalité. Cependant, rien n'est précisé quant aux critères que le juge du fond devra prendre en compte pour trancher en faveur de l'un ou de l'autre, ni quant à la motivation qui serait attendue d'une telle décision. Les moyens sont simplement repris, sans que la proportionnalité ne soit davantage détaillée. Dans les autres cas relevés, la Cour de cassation se cantonne la plupart du temps à imposer à la Cour de renvoi de « *rechercher, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées*

¹ Civ. 1^e, 4 décembre 2013, n°12-26.066.

² Civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n°14-20.790, V. §46 de la thèse.

au regard du droit »¹ du requérant, ou encore « *rechercher, comme elle y était invitée, si, concrètement, dans l'affaire qui lui était soumise, la mise en oeuvre de ces délais légaux de prescription n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi et, en particulier, si un juste équilibre était ménagé entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* »². Dans la plupart des décisions dans lesquelles un contrôle de l'application des lois est pratiqué, le contrôle de proportionnalité qui en découle est davantage détaillé. Il s'agira de l'aborder au sein des différentes matières dans lesquelles il a pu être identifié³.

2/ Un contrôle de proportionnalité désormais étoffé

346. Exemple en matière d'urbanisme. Progressivement, la Cour de cassation tend, dans différents types de contentieux, à préciser les critères à prendre en considération pour exercer un contrôle de proportionnalité lorsque la compatibilité de l'application de la norme est contrôlée. Elle le fait une fois encore en matière d'urbanisme, dans un arrêt du 7 avril 2016⁴ qui concernait une construction d'infrastructures destinées à accueillir l'implantation de caravanes, et ce sans autorisation préalable, dans une zone naturelle protégée. Malgré un arrêté d'opposition de la commune, les travaux se sont poursuivis, si bien qu'elle a ensuite demandé leur interruption, la démolition des aménagements, la remise en état des lieux ainsi que l'enlèvement des caravanes. La société demanderesse au pourvoi⁵ se prévaut du respect de son droit au domicile issu de l'article 8 de la CEDH, et détaille le contrôle de proportionnalité qui aurait dû être effectué. En effet, selon elle « *l'ingérence dans ce droit, même si elle poursuit un but légitime, doit répondre à un besoin social impérieux et demeurer proportionnée au but légitime poursuivi ; que pour apprécier la proportionnalité de la perte d'un logement, qui est l'une des atteintes des plus graves au droit au respect du domicile, il y a lieu de tenir compte si le domicile a été établi légalement, si un hébergement de substitution est disponible et de la situation particulière de la personne concernée, une attention spéciale devant être accordée*

¹ V. Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2015, 14-22.095. Dans un cas où le contrôle n'avait pas été demandé aux juges du fond, Crim., 16 février 2016, n°15-82.732.

² Civ. 1^{ère}, 21 novembre 2018, n°17-21.095. V. aussi, Civ. 3^{ème}, 10 octobre 2019, 17-28.862, dans lequel la troisième chambre civile enjoint le juge du fond à « *rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si la conversion du métayage en fermage, en ce qu'elle privait le GFA de la perception en nature des fruits de la parcelle louée et en ce qu'elle était dépourvue de tout système effectif d'indemnisation, ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de ses biens au regard du but légitime poursuivi* ».

³ Un tel classement nous semble plus approprié dans la mesure où l'approche est essentiellement casuistique : chaque spécialité a ses propres particularités, si bien qu'elles doivent être cette fois envisagées dans le détail.

⁴ Civ. 3^e, 7 avril 2016, n°15-15.011.

⁵ Une société civile immobilière (SCI), « *constituée de personnes appartenant à la communauté des gens du voyage* ».

aux personnes vulnérables ; que dans ses conclusions d'appel, [le demandeur au pourvoi] avait soutenu que ses membres fondateurs et occupants de la parcelle qu'elle avait acquise appartiennent à la communauté des gens du voyage dont le mode de vie commandait la vie en caravane et que la décision ordonnant la remise en état de la parcelle et l'enlèvement de leurs caravanes, qui constituaient leurs domiciles familiaux, avait été prise sans qu'aucune solution de relogement ne leur ait été proposée, bien qu'ils soient particulièrement vulnérables et souffrant parfois d'affections chroniques ». De plus elle précise que « *ses membres sont établis depuis trois ans, qu'ils entretiennent des liens étroits et continus avec leurs caravanes, cabanes et bungalows installés sur ce terrain et, à ce titre, doivent être considérés comme étant leur domicile, indépendamment de la légalité de cette occupation* ».¹ On constate ainsi que la demande d'exercice d'un contrôle de proportionnalité est cette fois très étoffée, détaillée, et qu'elle avait de surcroît été effectuée devant les juges du fond. Par conséquent, la Cour de cassation a été contrainte de répondre sur le terrain dudit contrôle, et non sur son admissibilité, comme cela avait pu être le cas précédemment. Elle rejette le pourvoi, en estimant d'abord pour conforter l'appréciation des juges du fond « *que la SCI, qui avait fait réaliser sans autorisation des travaux d'aménagement sur un terrain qu'elle avait acquis en connaissance de son classement, ne démontrait pas que ses membres y étaient établis depuis plusieurs années* ». Elle en déduit ensuite « *qu'ils n'avaient pas entretenu avec les lieux des liens suffisamment étroits et continus pour qu'ils soient considérés comme étant leur domicile* », et qu'ainsi « *l'ingérence de la commune, qui visait à la protection de l'environnement, n'était pas disproportionnée et que ses demandes devaient être accueillies* ». Davantage de détails sont ainsi apportés quant aux critères à mettre en balance pour effectuer un contrôle de proportionnalité, se rapprochant ainsi de l'appréciation que peut effectuer la CourEDH, sans être toutefois aussi minutieuse. La Cour de cassation va ensuite détailler davantage son contrôle une nouvelle fois en matière familiale.

347. Exemples en matière de filiation. Dans un arrêt du 6 juillet 2016², la première chambre civile va apporter une précision supplémentaire, qui n'avait été qu'indirectement évoquée. Sans entrer cette fois dans le détail des faits, qui sont assez similaires à ceux des

¹ Pour un autre exemple en la matière, V. Crim., 31 janvier 2017, n°16-82.945. La Cour estime en effet que les juges du fond auraient dû « *répondre aux conclusions du prévenu selon lesquelles une démolition porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale et à son domicile, en ce qu'elle viserait la maison d'habitation dans laquelle il vivait avec sa femme et ses deux enfants, et que la famille ne disposait pas d'un autre lieu de résidence malgré une demande de relogement* ».

² Civ. 1^e, 6 juillet 2016, n°15-19.853.

affaires précitées dans le même domaine, elle raisonne cette fois en deux temps. D'abord, elle admet l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants induite par la présence du délai de prescription de l'action en recherche de paternité, mais considère aussi qu'elle « *poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique* ». Ensuite, elle valide le raisonnement de la Cour d'appel qui consistait à considérer que les requérants n'établissaient aucune atteinte personnelle à leur vie privée, « *du fait de l'impossibilité d'établir, au travers de celle de leur père, leur ascendance* ». C'était en effet la filiation de leur ascendant qui était en cause, si bien qu'elle a valablement pu en déduire que l'action engagée « *ne poursuivait qu'un intérêt patrimonial* », et que les règles relatives à la prescription ne portaient « *pas au droit au respect de leur vie privée une atteinte excessive au regard du but légitime poursuivi, justifiant que ces règles fussent écartées et que l'action fût déclarée recevable* ». C'est ainsi que les raisons qui poussent les requérants à agir entrent aussi en ligne de compte : pour que la norme soit écartée à leur profit, il faut que l'atteinte à leur droit soit réelle, suffisamment établie, et que la cause de l'action ne soit pas un simple intérêt pécuniaire. Un rempart est donc en partie érigé contre d'éventuels abus, mais cette fois par l'utilisation de la méthode de contrôle et non par son admissibilité.

348. Dans un autre arrêt du 5 octobre 2016¹, toujours en matière d'action en contestation de paternité, il s'agissait cette fois d'une affaire dans laquelle la requérante avait été reconnue par son père à l'âge de 19 ans. Ce dernier décède 36 ans plus tard. Elle est ensuite reconnue par un autre homme quelques années après, qui subit le même sort l'année suivant la reconnaissance. Un premier jugement avait déclaré prescrite la contestation de reconnaissance de son père légal. La demanderesse au pourvoi avait assigné les enfants de celui qu'elle aurait voulu avoir comme père, en vue d'ordonner une expertise biologique pour que soit établi son lien de filiation. Elle demande à ce que soit exercé un contrôle de conventionnalité de l'application de la norme, en se prévalant d'une atteinte à l'article 8 de la CEDH, et détaille son argumentation en ce sens². La Cour de cassation répond de manière tout aussi détaillée, ce qui

¹ Civ. 1^e, 5 octobre 2016, n°15-25.507.

² Elle estime en effet « *que l'effectivité du droit de connaître ses origines et de voir établie la filiation correspondante, garantis par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales commande au juge national de délaissier les restrictions posées par des dispositions internes dès lors que celles-ci portent une atteinte substantielle au droit revendiqué* ». Elle continue en expliquant « *qu'est à cet égard excessive la restriction procédant de la prescription de l'action en contestation de la paternité [...] quand le délai de prescription ne peut commencer à courir avant que l'enfant, devenu adulte, n'ait eu connaissance de l'identité de son père biologique* » et reproche à la Cour d'appel d'avoir fait courir le point de départ à la date de sa majorité. Ensuite, la requérante adopte sa propre vision du sens vers lequel devait pencher la balance des intérêts en présence, en estimant que « *toute restriction au droit à la connaissance de ses origines doit être nécessaire et proportionnée ; qu'en retenant que l'intérêt de la famille du père légitime, décédé avant la révélation*

permet de mieux apprécier les critères déterminants qui lui ont permis de rejeter le pourvoi. En effet, elle précise que c'est à juste titre que la Cour d'appel a constaté que l'existence de la première filiation faisait obstacle à l'établissement de la seconde. Les magistrats du quai de l'Horloge arguent ensuite que « *si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale [...], l'obstacle opposé à [à la requérante] poursuit un but légitime en ce qu'il tend à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations* ». Encore une fois, est d'abord justifié l'intérêt protégé par la norme restrictive. Puis, est abordé le contexte factuel du litige, pour que soit effectuée plus concrètement la balance des intérêts en présence, en rentrant dans le détail : « *l'arrêt relève que [le père légal] a reconnu [la requérante] en 1965 et a été son père aux yeux de tous jusqu'à son décès en 2001, sans que personne ne remette en cause ce lien de filiation conforté par la possession d'état* ». La durée de la filiation apparente et sa concordance avec la vision qu'en avait autrui semble donc être un premier critère. La Cour « *ajoute que [la mère de la requérante] elle-même, a disposé d'un délai de trente ans à compter de sa majorité pour contester la paternité [du père légal], ce qu'elle n'a pas fait, et qu'elle a hérité de ce dernier à son décès ; qu'ayant ainsi constaté que l'intéressée avait disposé de procédures lui permettant de mettre sa situation juridique en conformité avec la réalité biologique, la cour d'appel a pu en déduire que l'atteinte portée au droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* ». La décision des juges du fond est ainsi détaillée, les critères pris en compte sont donc plus approfondis et de nature factuelle, ce qui correspond à l'esprit du contrôle de l'application des normes.

349. Dans l'arrêt du 9 novembre 2016¹, la première chambre civile mentionne aussi les critères du contrôle de proportionnalité qu'il convient d'exercer s'agissant de la compatibilité de l'application de la norme. Pour rappel, elle mentionne d'abord qu'« *il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* ». Se fondant sur l'appréciation qui avait été opérée par les juges du fond, elle considère ensuite que « *cette action, qui tend à remettre en cause une situation stable depuis cinquante ans, porte atteinte à*

des origines de la requérante, justifiait une restriction au droit à la connaissance de ses origines, sans autre examen de la position propre du père biologique qui, de son vivant, souhaitait voir reconnaître ledit lien de filiation, la cour n'a pas opéré la balance proportionnée des intérêts en présence ».

¹ Civ. 1^{er}, 9 novembre 2016, n°15-25.068.

la sécurité juridique et à la stabilité des relations familiales, [le père biologique probable] étant âgé de 84 ans, marié et père d'une fille » et continue en soutenant « qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a pu en déduire que la prescription opposée [au requérant] ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale ». Les éléments mis en balance par les juges du fond sont donc validés par la Cour de cassation, qui ne l'exerce pas elle-même mais vérifie que le contrôle avait été effectué.

350. Dans l'arrêt du 7 novembre 2018¹, déjà mentionné au titre de la nouvelle structure des arrêts de la Cour de cassation, elle détaille une nouvelle fois le contrôle de proportionnalité qu'il convient d'exercer dans le cadre d'un contrôle de l'application de la norme. Elle l'exerce en se fondant, comme dans les arrêts antérieurs, sur les constatations des juges du fond qui relevaient que la requérante n'avait « *jamais été empêchée d'exercer une action tendant à faire établir sa filiation biologique, mais [s'était] abstenue de le faire dans le délai légal* ». De plus, « *alors qu'elle avait des liens affectifs avec [son père biologique] depuis sa petite enfance, elle a attendu son décès, et l'ouverture de sa succession pour exercer l'action* » sachant qu'elle disposait « *de délais très importants pour agir et qu'elle disposait encore d'un délai jusqu'au [...] 2011, lorsqu'elle a été rendue destinataire, le 6 février 2010, d'un test de paternité établissant, selon elle, de façon certaine, le lien de filiation biologique avec [son père biologique]* ». Le critère du temps d'inaction de la requérante alors qu'elle aurait pu agir permet de déduire un intérêt seulement pécuniaire à l'action, qui incite la cour de Cassation à déduire que « *le délai de prescription qui lui était opposé respectait un juste équilibre et qu'il ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale* ». D'autres exemples, plus récents, peuvent aussi être évoqués en matière de filiation et donnent des indications sur le contrôle à exercer, comme les arrêts du 13 juin 2019², ou encore du 14 octobre 2020³.

¹ Civ. 1^e, 7 novembre 2018.

² Civ. 1^{ère}, 13 juin 2019, n°18-19.100, où il était encore une fois question d'adoption. La Cour évoque que « *l'adoptant a sciemment dissimulé des informations essentielles à la juridiction saisie de la demande d'adoption, pour détourner la procédure à des fins successorales et consacrer une relation amoureuse ; qu'il constate que [ses filles], qui étaient âgées de 22 ans lorsqu'elles ont fait la connaissance de X... I..., n'ont pas été éduquées ou élevées par lui et ont été accueillies chez lui dans des conditions très particulières, notamment pendant le temps du mariage et sans l'accord de son épouse. [De plus], l'adoption a été annulée neuf ans après son prononcé mais trois ans seulement après le décès de l'adoptant, date à laquelle les enfants issus de son mariage en ont eu connaissance ; que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'annulation de l'adoption ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de [ses filles]* ».

³ Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2020, n°19-12.373 et n°19-18.79. Il s'agissait d'une action en contestation de paternité, qui avait conduit à l'annulation d'une reconnaissance de paternité effectuée suite à une PMA réalisée en Espagne. La

C'est aussi le cas des arrêts du 2 décembre 2020¹, et du 27 janvier 2021². Dans tous ces cas, les éléments qui composent le contrôle de proportionnalité sont de nature factuelle, contrairement à ce qui prévalait dans le contrôle du contenu de la loi. Un autre exemple peut être fourni en matière de mariage.

351. Exemple en matière de mariage. La première chambre civile a repris la même méthode de contrôle et a structuré de la même façon une décision du 8 décembre 2016³. Mentionnant la nature du contrôle qu'elle effectue, elle met ainsi ensuite en balance les divers intérêts en présence, en évoquant les critères retenus par la Cour d'appel. Les hauts magistrats soutiennent ainsi que la requérante « *avait 9 ans quand [son défunt mari] a épousé sa mère en troisièmes noces, qu'elle avait 25 ans lorsque ces derniers ont divorcé et 27 ans lorsque son beau-père l'a épousée* » et qu'on peut en déduire « *que l'intéressée a vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années, avec celui qu'elle a ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique* ». Elle reprend ensuite le constat qu'avait fait la Cour d'appel « *que son union avec [son ex-beau-père] n'avait duré que huit années lorsque [ses ayants-droits] ont saisi les premiers juges aux fins d'annulation* » puis termine en mentionnant « *qu'aucun enfant n'est issu*

Cour de cassation confirme la décision des juges du fond, en estimant qu'« *après avoir constaté [que l'enfant] était née d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur réalisée sans le consentement [du père qui l'avait reconnue], celui-ci étant privé d'effet, la cour d'appel a relevé que l'intérêt supérieur de l'enfant résidait dans l'accès à ses origines personnelles et que la destruction du lien de filiation [...] n'excluait pas pour l'avenir et de façon définitive l'établissement d'un nouveau lien de filiation* » (§21). Elle ajoute ensuite, qu'« *ayant ainsi statué en considération de l'intérêt de l'enfant, apprécié in concreto, elle a pu en déduire [...] que l'annulation de la reconnaissance de paternité ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale, justifiant légalement sa décision au regard des exigences conventionnelles susvisées* » (§22).

¹ Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n°19-20.279. Il s'agissait de la prescription d'une action en établissement de filiation établie par possession d'état, d'une femme dont le père était accidentellement décédé le jour de sa naissance. Le raisonnement des juges du fond est là encore valide, la Cour mentionnant que la requérante « *a mal dirigé ses demandes lorsqu'elle a assigné le procureur de la République le 15 avril 2016 et que cette assignation n'a pu interrompre, à l'égard des héritiers [du père décédé], le délai de prescription qui a expiré le 1er juillet 2016. Il ajoute qu'elle a bénéficié d'un délai de quarante-cinq années, dont vingt-sept à compter de sa majorité, pour exercer l'action en établissement de sa filiation paternelle* » (§14). Elle poursuit en concluant que « *de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu [...] déduire que le délai de prescription qui lui était opposé respectait un juste équilibre et qu'il ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale* » (§15).

² Civ. 1^{ère}, 27 janvier 2021, n°19-15.921, n°19-24.608 et n°20-14.012. Il s'agissait, pour rappel, d'une reconnaissance d'un enfant née sous X suite à une adoption plénière. La Cour estime que la Cour d'appel aurait dû « *rechercher, comme il le lui était demandé, si l'irrecevabilité de l'action du père de naissance, qui n'avait pu, en temps utile, sans que cela puisse lui être reproché, faire valoir ses droits au cours de la phase administrative de la procédure, ne portait pas, eu égard aux différents intérêts en présence, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale en ce qu'elle interdisait l'examen de ses demandes* » (§19), pour que soient mis en balance les intérêts « *de l'enfant, qui prime, celui des parents de naissance et celui des candidats à l'adoption, afin de vérifier que les dispositions de droit interne, eu égard à la gravité des mesures envisagées, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale du père de naissance* » (§17).

³ Civ. 1^{ère}, 8 décembre 2016, n°15-27.201.

de cette union prohibée ». Elle conclut ensuite que « *la cour d'appel a pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale [la requérante], au regard du but légitime poursuivi* ». Le contrôle de conventionnalité exercé n'est ainsi méthodologiquement plus construit comme l'arrêt du 4 décembre 2013, rendu seulement 3 années auparavant. La motivation, certes courte, est toutefois structurée selon un modèle plus proche de celui de la Cour européenne, le contrôle de proportionnalité exercé étant plus approfondi que dans ses arrêts antérieurs. On peut voir se dessiner des critères plus précis qui ont permis au juge de trancher : la durée du mariage, l'âge de l'enfant lorsqu'elle a connu son beau-père devenu conjoint, qui permet de déduire le temps pendant lequel il représentait une autorité paternelle et enfin l'absence d'enfant né de l'union prohibée. Nous terminerons enfin par la matière pénale, qui nous semble être la voie ouverte vers un contrôle de proportionnalité très approfondi.

352. Exemples en matière pénale. Le rôle de la chambre criminelle dans le contrôle de la loi demeure central, même lorsqu'il s'agit d'en contrôler l'application, et donc potentiellement d'exclure la mise en œuvre de l'incrimination à l'espèce considérée. Par exemple, s'agissant de l'infraction d'exhibition sexuelle par des militantes féministes, la chambre criminelle confirme sa mise à l'écart en soulignant l'exercice du contrôle de proportionnalité des juges du fond. Elle estime d'abord en effet que les juges du fond énoncent que « *la prévenue déclare appartenir au mouvement dénommé "Femen", qui revendique un "féminisme radical", dont les adeptes exposent leurs seins dénudés sur lesquels sont apposés des messages politiques, cette forme d'action militante s'analysant comme un refus de la sexualisation du corps de la femme, et une réappropriation de celui-ci par les militantes, au moyen de l'exposition de sa nudité. L'arrêt ajoute que le regard de la société sur le corps des femmes a évolué dans le temps, et que l'exposition fréquente de la nudité féminine dans la presse ou la publicité, même dans un contexte à forte connotation sexuelle, ne donne lieu à aucune réaction au nom de la morale publique* » (§11 et §12)¹. Après avoir rappelé que le comportement de la prévenue ne constituait pas une atteinte intolérable à la liberté de pensée et à la liberté religieuse, elle mentionne qu'« *il résulte des énonciations des juges du fond que le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* » (§15). Le contrôle

¹ Crim., 26 février 2020, n°19-81.827.

de proportionnalité mentionne ainsi plus clairement les différents éléments qui le composent, au regard d'une motivation plus approfondie. Similairement, dans l'arrêt du 22 septembre 2021¹, dans lequel il s'agissait de l'infraction de refus d'inscription au fichier national des empreintes génétiques, elle se livre à un contrôle de proportionnalité approfondi. La chambre criminelle reprend le contrôle des juges du fond qui mentionnaient que « *l'infraction a été commise dans un contexte non crapuleux mais dans celui d'une action politique et militante, entreprise dans un but d'intérêt général* » (§19) ainsi qu'une « *disproportion entre, d'une part, la faible gravité objective et relative du délit dont les intéressés étaient soupçonnés au moment de leur refus de se soumettre au prélèvement litigieux et, d'autre part, l'atteinte au respect de la vie privée consécutive à l'enregistrement au FNAEG, même sous les garanties relevées plus haut, des résultats des analyses des échantillons biologiques prélevés* » (§20). Les différents éléments mis en balance permettent ainsi d'écarter l'incrimination. Enfin, il faut impérativement mentionner à nouveau l'exemplaire arrêt du 18 mai 2022², qui servira à n'en pas douter de référence pour les prochains contrôles de la loi qui seront exercés en matière criminelle. Les différents éléments qui composent le contrôle de proportionnalité exercés sont exposés, et conduisent à ne pas écarter l'incrimination de vol. Avant de les citer, elle mentionne, au travers d'une formulation de principe que « *lorsque le prévenu invoque une atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression, il appartient au juge, après s'être assuré, dans l'affaire qui lui est soumise, du lien direct entre le comportement incriminé et la liberté d'expression sur un sujet d'intérêt général, de vérifier le caractère proportionné de la condamnation. Ce contrôle de proportionnalité requiert un examen d'ensemble, qui doit prendre en compte, concrètement, entre autres éléments, les circonstances des faits, la gravité du dommage ou du trouble éventuellement causé* » (§12). Ensuite, elle précise davantage, notamment au regard de l'infraction en cause, quels critères doivent être pris en considération, là encore selon une formulation suffisamment générale pour laisser penser qu'elle construit un véritable guide à destination des juges du fond. Elle souligne en effet que « *dans le cas particulier d'une poursuite du chef de vol, doivent être notamment prises en compte la valeur matérielle du bien, mais également, le cas échéant, sa valeur symbolique, ainsi que la réversibilité ou l'irréversibilité du dommage causé à la victime* » (§13). Enfin, elle met en lumière les éléments qui ont permis à la Cour d'appel de ne pas écarter l'incrimination. La mise en balance comprenait ainsi d'une part « *un dessein politique* » dans la mesure où les prévenus souhaitaient « *appeler l'attention des pouvoirs publics sur la méconnaissance, par la France,*

¹ Crim., 22 septembre 2021, n°20-80.489.

² Crim., 18 mai 2022, n°21-86.685.

des engagements qu'elle a souscrits dans le cadre de la COP21 » (§15). Cet élément est ensuite contrebalancé par l'objet du vol, à savoir « le portrait du Président de la République, exposé dans les locaux d'une mairie, peu important sa valeur marchande » (§16). De surcroît, « les prévenus ont refusé de restituer le portrait volé tant que la politique du gouvernement n'aurait pas changé, alors même que le maire de la commune avait fait en ce sens une démarche amiable. Ils remarquent que la restitution du portrait aurait évité, si ce n'est les poursuites, du moins une perquisition du domicile de la prévenue » (§16) pour ensuite en déduire l'absence de disproportion de la condamnation. L'arrêt s'achève par une approbation de la Cour de cassation, qui estime qu'elle « est en mesure de s'assurer que, bien que l'action menée par les prévenus se soit inscrite dans le cadre d'une démarche militante et puisse être considérée comme une expression au sens de l'article 10 précité, la condamnation prononcée n'est pas disproportionnée au regard de la valeur symbolique du portrait du Président de la République et du refus de le restituer tant que leurs revendications ne seraient pas satisfaites, ainsi que de la circonstance que le vol a été commis en réunion » (§20). Un véritable « mode d'emploi » du contrôle de la proportionnalité de l'application de la loi est ainsi confié aux juges du fond, afin qu'ils exercent au premier chef un tel contrôle.

353. Synthèse générale : un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* en voie d'élargissement. Alors que la Cour européenne peut intégrer dans son contrôle de « *la nécessité dans une société démocratique* » le contrôle des « *motifs pertinents et suffisants* »¹ auquel elle peut additionner un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, la Cour de cassation ne semblait s'en tenir qu'à la dernière composante. Malgré l'inspiration européenne, le contrôle de proportionnalité ainsi opéré dans la plupart des décisions de la Cour de cassation demeure très restreint, cantonné au contrôle *stricto sensu* qu'exercent les juges de Strasbourg après avoir contrôlé l'adéquation de la mesure restrictive à l'objectif légitime poursuivi et sa nécessité. Toutefois, il semble qu'une modeste évolution soit notable dans la motivation des arrêts des hauts magistrats, qui tendent à se rapprocher d'un contrôle de proportionnalité d'une dimension plus large, notamment lorsqu'un double contrôle est mobilisé. Dans la plupart des arrêts récents, la Cour de cassation semble ne plus seulement cantonner son contrôle de proportionnalité à un

¹ Ou autrement dit, de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi et de la nécessité de la mesure.

contrôle *stricto sensu*. En effet, elle mentionne explicitement les deux autres composantes du triple test. Il conviendrait de poursuivre la voie de l'élargissement, sans hésiter à approfondir la motivation, notamment s'agissant des différents intérêts en présence, dont l'identification permet de mieux appréhender l'exercice du contrôle de proportionnalité. Il semble que ce soit la voie résolument empruntée par la Cour de cassation, la chambre criminelle étant par ailleurs la plus novatrice. Une observation d'un autre ordre doit ensuite être formulée, et tient au fait que la Cour de cassation semble ne se référer que très peu à la marge nationale d'appréciation, qui reste pourtant un critère essentiel de la Cour européenne lorsqu'elle exerce son contrôle de proportionnalité.

354. Synthèse : une marge nationale d'appréciation de plus en plus mobilisée. Une différence assez flagrante est aussi à noter, mais concerne cette fois l'insuffisante prise en compte de la marge nationale d'appréciation lorsque la Cour de cassation exerce son contrôle de conventionnalité, qu'il porte sur le contenu ou l'application de la loi, du moins dans les décisions antérieures à 2010. La Cour européenne avait pourtant estimé depuis de nombreuses années, dès l'affaire *Handyside*¹ que « *la marge nationale d'appréciation va [...] de pair avec un contrôle européen* » et mentionné explicitement que « *son rôle de surveillance [lui] commande de prêter une extrême attention aux principes propres à une "société démocratique"* ». Les juges de l'allée des Droits de l'Homme subordonnent donc l'exercice de leur propre contrôle de proportionnalité à la marge nationale d'appréciation, qui devrait être repris par le juge national en vertu du principe de subsidiarité. Il faut noter que c'était un moyen invoqué par les parties dans plusieurs arrêts², qui pouvait ainsi être aisément repris dans les motifs de la Cour, que ce soit pour rejeter le pourvoi ou pour casser l'arrêt rendu par les juges du fond. De rares cas ont toutefois été identifiés dans certains arrêts un peu plus datés, mais de manière très anecdotique.

¹ CEDH, Plén., 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, préc., §48.

² Crim., 16 février 2016, déc. préc., où la requérante affirmait que « *s'agissant du respect du droit de toute personne à pouvoir disposer d'un logement décent et suffisant et au respect de sa vie privée et familiale, la marge d'appréciation des Etats pour y porter atteinte est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus* ». De même, dans le moyen annexé au pourvoi, V. Civ. 1^{er}, 6 juillet 2016, déc. préc. ; Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n°16-17.189 ; Civ. 3^{ème}, 15 mars 2018, n°17-14.066 ; Civ. 2^{ème}, 20 septembre 2018, n°17-21.576 ; Civ. 1^{er}, 7 novembre 2018, déc. préc. ; Crim., 11 décembre 2018, n°18-82.854 ; Civ. 1^{ère}, 30 mars 2022, n°19-22.074, n°19-12.947, n°19-18.9998, n°19-17.996 ; Civ. 1^{ère}, 18 décembre 2019, n°18-12.327 ; 25 novembre 2020, n°19-18.998 ; n°19-17.996.

La Cour de cassation semble cependant prendre récemment en considération la nécessité de la mobiliser, et en fait même, à juste titre, un critère de variation de l'intensité de son contrôle¹. On notera ainsi qu'il y est fait explicitement référence dans des arrêts qui sont de plus en plus nombreux. La Cour énonce en effet, citant explicitement la jurisprudence de la Cour européenne, que « *les conditions requises pour se marier dans les différentes législations nationales ne relèvent pas entièrement de la marge d'appréciation des Etats contractants car, si tel était le cas, ceux-ci pourraient interdire complètement, en pratique, l'exercice du droit au mariage* »², avant de considérer que le droit au mariage de la requérante n'avait pas été atteint. C'est aussi le cas dans un arrêt du 10 octobre 2019³, dans lequel la Cour mentionne que « *le législateur national dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale et concevoir les impératifs de l'utilité publique ou de l'intérêt général, sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable* ». Un arrêt récent du 20 avril 2022 de la chambre sociale est aussi intéressant à ce titre⁴, et illustre la volonté de la Cour de cassation de citer explicitement les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme⁵. Enfin, la question a déjà été évoquée dans la partie précédente dans le cadre de l'affaire *Menesson*, il semble que la voie de l'avis à la Cour européenne des droits de l'homme puisse être mobilisée en vue de demander des éclaircissements quant à la marge nationale d'appréciation⁶, pour ensuite

¹ Un rapport énonce ainsi que « *parmi les critères susceptibles d'être mis en œuvre sur cette question, une attention particulière pourrait être portée à la notion de « marge nationale d'appréciation » consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, la note du SDER, jointe en annexe [V. p.33 du rapport], montre que cette notion est d'un maniement délicat. Elle pourrait néanmoins constituer une référence utile pour les chambres de la Cour : Lorsque la Cour européenne laisse aux Etats une importante marge d'appréciation, le contrôle serait « léger ». Lorsque la marge d'appréciation nationale laissée par la Cour européenne est étroite, la Cour de cassation procéderait à un contrôle « lourd » des appréciations faites par les juges du fond* » V., rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 2020, site internet de la Cour de cassation, p.7. Similairement, la question était aussi mentionnée au sein du *memento* du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2018, p.117.

² Civ. 1^e, 8 décembre 2016, n°15-27.201.

³ Civ. 3^{ème}, 10 octobre 2019, 17-28.862.

⁴ Soc., 20 avril 2022, n°19-17.614. La Cour énonce ainsi qu'« *en élaborant pareille réglementation, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* ». V., pour une expression similaire, Civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2021, n°19-25.728 ; 30 septembre 2021, n°18-20.239 ; Com., 12 mai 2021, n°18-15.153. V. aussi, Civ. 3^{ème}, 1^{er} octobre 2020, n°19-14.479, dans laquelle la Cour énonce que « *la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît une grande marge d'appréciation aux Etats contractants en matière de planification et d'aménagement du territoire* ». Ou encore, Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2019, n°18-21.966, où elle énonce, encore une fois en citant explicitement un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme que « *les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation* ».

⁵ Cela nous conduit à considérer que le précédent peut devenir un véritable fondement juridique des contrôles de la loi, ce que nous aborderons *infra*.

⁶ Pour rappel, V. Plén., 5 octobre 2018, n°10-19.053, la première question posée étant relative à la marge nationale d'appréciation laissée à l'État.

pouvoir l'appliquer¹. Cet élément essentiel justifiera en partie la proposition qui sera formulée à l'issue de la thèse².

Ces différentes composantes du contrôle de proportionnalité impliquent nécessairement la prise en compte d'une balance des intérêts en présence, dont la variabilité est aussi à envisager.

C/ La variabilité de la balance des intérêts

355. L'apparente facilité de la caractérisation d'intérêts divergents. Lorsque le contrôle de proportionnalité est pratiqué, il implique nécessairement de prendre en considération une diversité de facteurs, dont, dans certains cas, une balance des intérêts en présence³. Nous l'avions mentionné, cette méthode est d'ailleurs commune tant au contrôle de la loi, que lorsqu'il s'agit de trancher en cas de conflits de droits fondamentaux, dont nous avons justifié l'exclusion⁴. La facilité de sa mise en œuvre ne nous semble toutefois qu'apparente. En effet, il pourrait paraître aisé de lier ce mode de résolution de conflit de normes au contrôle du contenu et à celui de l'application de la loi : le premier impliquerait la contradiction entre « l'intérêt général » protégé par la norme, et les droits fondamentaux de l'ensemble des citoyens, qui justifierait une évolution générale du contenu de la norme ; tandis que le second pourrait au contraire laisser penser qu'il s'agit de la confrontation entre « l'intérêt général » protégé par la norme, et un intérêt strictement particulier qui permettrait son éviction circonstanciée, cantonnée à la seule affaire en cause. La tentation serait grande de se contenter de cette seule appréciation, mais il nous faut mentionner diverses subtilités qui conduisent à dépasser très largement une telle dualité.

¹ V. Plén., 4 octobre 2019, n°10-19.053, dans lequel la Cour de cassation énonce que « *il résulte de l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme que, s'agissant de la mère d'intention, les Etats parties ne sont pas tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger (§ 50). En effet, il n'y a pas de consensus européen sur cette question. Lorsque l'établissement ou la reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention est possible, leurs modalités varient d'un Etat à l'autre. Il en résulte que, selon la Cour, le choix des moyens à mettre en oeuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des Etats (§ 51)* ».

² V. §441 de la thèse et, dans l'annexe 1, l'article L441-4-3, 1°).

³ Nous nous reporterons aux arrêts précédemment cités, dans lesquels les intérêts en présence ont été mentionnés. Pour quelques contributions spécifiquement sur ce thème, outre celles déjà mentionnées à plusieurs reprises auparavant : V., pour une approche nuancée, T. MARZAL, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance ». Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.* 2017, p.789. V. aussi J.-M. PONTIER, « La balance des intérêts », *AJDA* 2021, p.1309, contra F. ROUVIÈRE, « Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif ? », *RTD Civ.* 2021, p.980.

⁴ V. §46 de la thèse.

356. La malléabilité des intérêts mis en balance. Les contours des notions d'« intérêt général »¹, « d'intérêts publics »², ou même « d'intérêt individuel » ne sont pas si facilement préhensibles³. En effet, d'abord, « l'intérêt général » tout comme « les intérêts publics » recouvre bien souvent une multitude d'intérêts particuliers, dont la norme se porte garante, tout autant que le droit fondamental d'un individu peut aussi consister en la protection des droits d'un ensemble de citoyens, ce qui est très prégnant en matière de droit au procès équitable, ou encore de droit à un recours effectif. L'opposition marquée entre ces notions est ainsi empreinte d'une certaine artificialité : les difficultés relatives à la définition de l'« intérêt supérieur de l'enfant » sont l'illustration d'un standard juridique fondé sur une notion difficilement préhensible⁴ qui implique d'ailleurs le plus souvent l'évocation cumulée de la Convention européenne et la Convention internationale des droits de l'enfant⁵. Ensuite, derrière « l'intérêt général » ou « les intérêts publics » protégés par la norme dont on exige l'éviction, se dissimulent parfois plutôt les valeurs⁶ qu'elle véhicule, qui justifient probablement la vivacité des oppositions à l'égard du contrôle de l'application des lois tel qu'il est exercé dans l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013, ou encore dans celui du Conseil d'État du 31 mai 2016. La matière familiale est d'ailleurs particulièrement propice à une telle réflexion. Il s'agira d'illustrer ce double constat au travers de ces deux exemples, qui sont les plus connus et

¹ Il nous faut mentionner les mélanges en l'honneur du Professeur TRUCHET, dont les nombreuses contributions ont traité l'intérêt général. V. *L'intérêt général*, mélanges en l'honneur du Professeur Didier Truchet, Dalloz, 2015. Dans cet ouvrage, pour une analyse sous le prisme des droits de l'homme, V. E. DECAUX, « L'intérêt général, « peau de chagrin » du droit international des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p.118, ou au regard des conflits de normes, V. P. DEUMIER, « L'intérêt général « impérieux » et les conflits de normes », p.159. V. aussi, J. CHEVALIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », *op. cit.*, p.83, ou encore, Pour sa distinction avec l'intérêt public, V. M. DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *op. cit.*, p.129, ou encore J. VIGUIER, « Intérêt général et intérêt national », *op. cit.*, p.651.

² Une telle formule est d'ailleurs explicitement employée dans de nombreux arrêts. Pour quelques exemples emblématiques, déjà cités, dans lesquels la Cour de cassation évoque « un juste équilibre [...] entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu », V. Civ., 1^{ère}, 7 novembre 2018, n°17-25.938 ; 21 novembre 2018, 17-21.095 ; 13 juin 2019, n°18-19.100 ; 14 octobre 2020, n°19-12.373 et n°19-18.791 ; 2 décembre 2020, n°19-20.279 ; 2 mars 2022, n°20-23.282.

³ Pour un aperçu de la complexité de la délimitation de la catégorie des conflits de droits, en droit public, V. P. DUCOULOMIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p.41 et suiv. L'auteur propose d'ailleurs des améliorations intéressantes de la méthode de résolution des conflits de droits, auxquelles nous renvoyons, v. *op. cit.*, p.523 et suiv.

⁴ V., pour une bonne synthèse de ses diverses dimensions, C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011, 87. V. aussi, C. GATO, « L'intérêt de l'enfant exposé aux violences conjugales », *RTD civ.* 2014, p.567.

⁵ La première est la plupart du temps évoquée pour justifier la protection de la vie privée de l'enfant, et la seconde pour mettre en valeur son « intérêt supérieur » (article 3§1 de la Convention de New York). Pour un exemple emblématique, en matière de gestation pour autrui, V. Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n°09-66.486.

⁶ Pour une approche très intéressante centrée sur la philosophie de la valeur, d'un point de vue plutôt constitutionnel, V. J.-B. JACOB, « De la normativité de la valeur en droit », *Les cahiers de la justice* 2022, p.45, ou plus largement, du même auteur, *La valeur en droit. Étude de jurisprudence constitutionnelle sur les nouvelles représentations de la norme*, L'Harmattan, 2021. V. aussi, F HOURQUEBIE, « Libres propos sur le juge constitutionnel et les valeurs », *Les cahiers de la justice* 2022, p.7.

emblématiques. Dans le premier cas¹, dans lequel est en cause l'empêchement à mariage l'article 161 du Code civil, on pourrait certes considérer que la protection d'un intérêt public réside dans la préservation de la stabilité des rapports intrafamiliaux, qui profite à l'ensemble des membres de la société². Mais n'est-ce pas dans cette même mesure des valeurs qui sont protégées, celles qui consistent à poser un interdit en considérant un rapport marital entre alliés comme incestueux, au regard de ce que la société française tolère au moment de l'édiction de la norme ? N'est-ce donc pas aussi un conflit entre intérêts privés ? Ceux d'un ex-mari désireux de ne pas se voir soustraire une part successorale que détiendrait son ex-épouse ; ainsi que ceux des enfants issus de la première union³ ; tous opposés à ceux de la veuve, mariée 22 années durant au défunt père de celui qui conteste désormais cette union. L'intérêt particulier des premiers est donc protégé par la norme qu'il veut faire appliquer, et celui de l'autre par le droit à la vie privée et familiale qui devrait en justifier l'éviction. S'agissant du second exemple⁴, l'interdiction du transfert de gamètes à l'étranger, véhicule de l'interdiction de la PMA *post mortem*, vise-t-elle à préserver des valeurs familiales qui prônent un modèle composé de deux parents vivants dès la naissance⁵ ? Ou l'objectif est-il de protéger l'intérêt d'un ensemble d'enfants à naître qui ne sauraient être privés de figure paternelle *ab initio* ? Dans ce dernier cas, il s'agirait donc d'un conflit entre deux intérêts privés : celui d'une femme désireuse d'être mère, doublement victime d'un coup du sort, tant du fait de la perte de son époux que d'une insémination à peine trop tardive ; et d'un enfant à naître qui serait privé de père avant même sa conception. L'intérêt général, les intérêts publics, les valeurs et les intérêts privés sont donc

¹ Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066. Pour rappel, un homme s'était marié avec l'ex-épouse de son propre fils, en contradiction avec l'article 161 du Code civil qui prohibait une telle union. Il n'aurait donc pas pu être célébré. Toutefois, aucune opposition n'avait été soulevée, si bien que le mariage dura vingt-deux ans et ne prit fin qu'au décès de l'ex beau-père de la veuve, qu'il avait par ailleurs instituée légataire universelle. Lorsque s'est posée la question de la succession, le fils du *de cuius* – ou l'ex-mari de la veuve – a demandé la nullité du mariage, l'action n'étant pas prescrite puisque bénéficiant d'une prescription spéciale de 30 ans. La Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond qui avait prononcé la nullité du mariage en application de l'article 161.

² Cet aspect avait été d'ailleurs souligné par la Cour d'appel, qui estimait que la prohibition prévue par le texte répondait à « *des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial* ».

³ La Cour d'appel évoquait à ce titre que « *cette interdiction permet également de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux* ».

⁴ CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, n° 396848. Pour rappel, il était question d'un couple qui souhaitait pratiquer une procréation médicalement assistée (PMA) en France. Pour ce faire, le mari avait dû réaliser un don de gamètes, mais était décédé d'un cancer, et ce avant la réalisation du processus d'insémination. L'épouse demande à ce que le transfert de gamètes soit effectué vers l'Espagne, afin qu'y soit pratiquée une PMA *post mortem*. Elle se heurte au refus de l'hôpital et de l'Agence de la biomédecine, qui font application de la prohibition consacrée par la loi française en la matière.

⁵ Voire d'un père et d'une mère, plus précisément, à l'époque. Nous l'avons évoqué, il est d'ailleurs assez curieux que de telles dispositions n'aient pas été aménagées au regard des évolutions législatives récentes, quitte à créer une incohérence (V. §266 de la thèse). Preuve qu'il est ici davantage question de valeurs que le législateur souhaite préserver, quitte à créer une situation juridique peu cohérente.

systematiquement entremêlés, si bien que les confronter les uns aux autres de manière indépendante est une illusion, qui peut être utilisée tant pour justifier la critique positive que négative. La plupart des exemples cités précédemment pourraient illustrer une mouvance similaire¹. Les différents paramètres : intérêt général, valeurs et conflits entre intérêts particuliers peuvent ainsi irriguer de manière simultanée la technique de la balance des intérêts, que l'on pourrait finalement presque nommer la balance des valeurs et intérêts, sur laquelle se fonde le contrôle de proportionnalité dans de nombreux cas.

357. La mise en balance motivée du juge. Nous l'avons déjà montré, une telle approche place ainsi le juge au centre du processus décisionnel, et doit l'inciter à juger au regard tant d'intérêts divergents que de conflits entre intérêts et valeurs. Nous reprendrons ainsi une belle formule du professeur BERNABÉ, qui conclut qu'« *il lui faut alors réapprendre sa véritable et antique fonction, illustrée par le roi Salomon assis en majesté sur son siège, magnanime et attentif aux paroles prononcées devant lui, la main droite qui ordonne, la main gauche qui apaise, rétablissant la concorde, publique comme privée, en punissant, en condamnant, en pardonnant, en oubliant* »². Il nous semble que le juge judiciaire, au vu des profondes réflexions menées sur ces sujets, soit à même de remplir un tel rôle³ : les mutations relatives à une motivation enrichie rassurent, et peuvent conduire à une meilleure identification du raisonnement du juge, d'autant que son contrôle de proportionnalité est de plus en plus explicite et approfondi. Il lui faudra donc jongler avec ces différents intérêts et valeurs, et faire primer les paramètres qu'il juge les plus cohérents, en vérifiant l'intensité des contradictions de ces éléments, et les expliciter. Nous reprendrons le premier exemple précité, au prisme de cette exigence. S'agissant de la mise à l'écart de l'article 161 au profit du droit au respect de la vie privée et familiale dans l'arrêt du 4 décembre 2013, c'est finalement l'intérêt de la veuve qui a pesé plus lourd dans la balance : la durée du mariage, et le fait qu'il ait été célébré sans

¹ Pour une très bonne illustration, v. par exemple J.-P. MARGUÉNAUD, « La mise en œuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », à propos de Civ. 1^e, 10/06/2015, n°14-20.790, *RTD civ.* 2015 p.596.

² V. sur le sujet B. BERNABÉ, « Le jugement de Salomon, la vérité et la paix », *Les cahiers de la justice* 2020, p.595. V. aussi, pour un commentaire critique du jugement de Salomon, J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2001, p.444. L'auteur considère ainsi une telle vision comme « *une épée pour tous les nœuds, une clé pour tous les doutes* ».

³ À ce titre, nous adhérons dans aux propos du président de la chambre criminelle, Christophe SOULARD qui souligne que « *le juge ne peut juger selon ses propres valeurs. Il doit au contraire, d'une part, s'en déprendre, d'autre part, chercher à déterminer les valeurs qui font consensus. La tâche est donc double mais le moyen d'y parvenir est le même. C'est l'échange d'idées, que cet échange prenne la forme du délibéré ou qu'il prenne la forme d'un dialogue élargi avec d'autres juridictions ou avec l'ensemble de la société* », V. Ch. SOULARD, « Le juge et les valeurs fondamentales : pour une éthique de la discussion », *Les cahiers de la justice* 2022, p.65.

opposition, sont les seuls éléments évoqués dans la décision. À l'aune d'une motivation enrichie¹, telle qu'elle est désormais préconisée, il aurait été préférable de détailler l'ensemble des intérêts, afin de justifier plus en détail un tel choix : en plus d'approfondir les éléments précités, souligner, par exemple, la vocation essentiellement préventive de l'empêchement, et le fait que « *les pièces d'état civil qui avaient été produites par les futurs époux révélaient nécessairement la cause de l'empêchement au mariage* »² aurait permis de mieux justifier la décision, et de la légitimer. Que l'on s'accorde ou non avec le résultat obtenu, l'explicitation de l'ensemble des éléments qui permettent au juge de trancher demeure indispensable, et ce quel que soit le degré de juridiction concerné. Les voies de recours peuvent d'ailleurs permettre d'atténuer certaines erreurs de jugement : la proposition formulée à l'issue de la présente thèse a vocation à confier à la Cour de cassation la capacité de pleinement peser les intérêts en présence, en vue de guider le juge du fond dans cette tâche complexe³. Enfin, il faut rappeler une nouvelle fois que l'immense majorité des décisions rendues conduisent à une balance des intérêts qui penche en faveur des valeurs ou des impératifs protégés par la norme. La balance des intérêts, fer de lance du contrôle de proportionnalité, est donc un outil de modération de la règle, qui conduit *in fine* beaucoup plus rarement à son éviction qu'à son maintien.

358. Qu'il s'agisse du contrôle de proportionnalité ou de la technique de la balance des intérêts qui l'innerve, il ne faut pas nier les risques d'instabilité qu'elle génère. La continuité décisionnelle peut toutefois résider dans la mention du précédent. En effet, une intelligence artificielle a été développée par des chercheurs britanniques et américains⁴, à laquelle ont été confrontées près de 600 décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : l'algorithme créé a conduit à une concordance des résultats dans près de 8 décisions sur 10. Cela témoigne donc d'une certaine prévisibilité de la jurisprudence européenne, décelé par un modèle mathématique proche de la logique du précédent. Une telle méthode est donc indéniablement source de stabilité, et doit être impérativement intégrée au sein du système français de protection des droits fondamentaux.

¹ Nous renvoyons ainsi aux propos précédents s'agissant des arrêts dans lesquels la balance des intérêts et plus détaillée, notamment dans les figures du contrôle de proportionnalité le plus approfondi.

² Comme cela était mentionné dans le communiqué joint à l'arrêt.

³ V. §425 de la thèse sur cette question.

⁴ Pour une approche approfondie de cette recherche, V. B. BARRAUD, « La croisée des savoirs. Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *Les cahiers de la justice* 2017, p.121. Les questions relatives à la justice prédictive et son utilité pour le contrôle de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux seront abordées *infra*, lorsqu'il s'agira de proposer la construction d'une base de données plus performante, V. §392 et suivants de la thèse.

Section 2 : L'instauration d'une continuité jurisprudentielle

359. Une réflexion inscrite dans un contexte plus large d'évolution de la motivation.

La question de l'évolution de la motivation des arrêts de la Cour de cassation est loin de concerner seulement les contrôles de la loi. Les réflexions menées sous l'angle de ces derniers inspirent tout autant qu'ils s'inscrivent dans le mouvement de son « auto-réforme » que la juridiction a entamé¹. La place de la jurisprudence ayant évolué tant au titre de son pouvoir d'interprétation que de contrôle, c'est à ces deux niveaux que l'intégration explicite du précédent au sein de la motivation peut être intéressante. Elle n'a pas été sans susciter des interrogations et des questionnements, certains plaidant plutôt en faveur d'une telle évolution², d'autres y étant plutôt réfractaires³. Le temps des interrogations quant à l'opportunité ou l'inopportunité d'une telle évolution semble toutefois révolu : il faut désormais laisser place aux questionnements qui concernent sa mise en œuvre. En effet, la Cour de cassation semble résolument s'être engagée dans cette voie, tant en ce qui concerne l'interprétation de la règle que son contrôle. L'objet des présents développements consistera à en examiner les contours sous ce dernier angle, et d'en mesurer les vertus et les éventuelles difficultés de mise en œuvre.

360. En matière de contrôle de la loi, la stabilité dans l'éviction ou le maintien de la norme est en partie assurée par la nécessité pour le juge judiciaire, lorsqu'il choisit de l'écarter, de statuer au regard des décisions antérieurement rendues. La logique est applicable quel que soit le contrôle pratiqué, qu'il porte sur le contenu ou sur l'application de la loi à l'espèce en question. Là encore, les pays de *common law* peuvent avoir des logiques très inspirantes. Il s'agira ainsi de montrer en quoi la logique du précédent pourrait s'appliquer ou non en matière

¹ V. par exemple les Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant de la motivation enrichie, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation. Bien évidemment, v. aussi le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation.

² V. not. P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, p.2022 ; « La jurisprudence : petite histoire d'une grande évolution », *RTD civ.* 2021, p.741 ; « Le mode d'emploi conforme et le pouvoir du juge », n°20-81.739, *RTD civ.* 2021, p.83 ; « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTD civ.* 2016, p.65. V. aussi, Ch. JAMIN, « Juger et motiver, Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p.263. V. aussi, J. ANTIPPAS, « Pour une mention par la Cour de cassation des précédents issus du droit public », *D.* 2017, p.1428.

³ V. not. P.-Y. GAUTIER, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.* 2017, p.752 ; « Éloge du syllogisme », *JCP* 2015, 902 ; V. Ph. MALAURIE, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP G* 2016, 318 ; « Réforme la Cour de cassation, oui ou non ? », *Gaz. Pal.* 7 nov. 2015, n° 311, p.12 ; « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, p.768 ; Pour une critique synthétique de ces critiques, V. Ch. JAMIN, « Les grands mots de la tradition », *D.* 2017, p.1113.

de contrôle de conventionnalité. En effet, l'idée étant d'écarter une norme – et non d'en produire – que ce soit de manière générale ou au vu des circonstances de l'espèce, la nécessité de stabilité qui fonde le précédent en droit anglais, américain est transposable en droit français seulement dans cette mesure¹. Le principe même de la logique du précédent reste la stabilité normative : c'est ainsi davantage cet aspect qui sera recherché. Des réserves similaires à celles précédemment énoncées² sont donc formulées à l'égard de toute transposition stricte, qui serait inappropriée : il s'agira plutôt d'évoquer les sources de la méthode, en vue de l'adapter et de constituer ainsi une forme de précédent « à la française ». Il convient, très rapidement, d'explicitier la logique du précédent qui pourrait inspirer une telle méthode (I), avant d'envisager la question d'une éventuelle opportunité pour le juge qui pratique un contrôle de conventionnalité³ de citer explicitement la décision antérieure pour fonder sa propre décision (II). En cela, la stabilité de la norme serait assurée par une véritable continuité décisionnelle.

I. L'inspiration de la logique du précédent

361. La logique du précédent est bien évidemment inspirée des pays de *common law*, si bien que seront d'abord étudiés certains droits qui la pratiquent ou s'en inspirent fortement,

¹ Selon le Professeur DAVID, et nous adhérons à son analyse, « aucune règle du droit français n'interdit de citer en justice les précédents judiciaires. [...] Un penchant naturel porte [le juge] à suivre les précédents : on assure par là une cohésion de la jurisprudence, dont le sentiment qu'elle est nécessaire n'a pas disparu avec la codification ; on a le sentiment de voir une responsabilité, parfois lourde à assumer, partagée avec d'autres juges ; on économise temps et travail pour l'étude d'autres causes, qui n'ont pas été encore examinées par d'autres juges ; on consolide des pratiques, qui peuvent être établies sur la foi de l'interprétation précédemment donnée par les juges de la loi ; on rend moins vraisemblable un recours contre sa décision et on accélère la liquidation des procès en donnant l'impression que la loi est nette », V. R. DAVID, *Le droit français, Tome I, Les données fondamentales du droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p.163.

² V. §281 de la thèse.

³ Notre proposition concerne donc essentiellement le contrôle de la loi. Toutefois, elle pourrait tout autant concerner le contrôle de son interprétation. Comme le souligne le Professeur Pierre-Yves GAUTIER, s'agissant de la mention des précédents dans les décisions « *c'est une question de différence historique : dans les pays de common law, il n'y a pas de système général de droit écrit. Par conséquent, l'autorité normative c'est la jurisprudence et tout spécialement celle des Cours suprêmes. Alors que l'autorité normative dans les pays de droit continental, c'est la loi (elle, que l'arrêt vise). Cette importation du précédent en France est peut-être une façon de l'affaiblir encore. C'est une question de sources du droit* ». S'agissant de l'application de la norme, et de la tradition française de droit écrit, l'analyse convainc. L'auteur ajoute ensuite que « *dans le droit privé continental, il n'y a pas de chaos : nous avons la loi écrite et le juge qui vient, par un syllogisme, l'appliquer à l'espèce. Avec ce système du précédent, si on l'additionne à l'abandon du raisonnement syllogistique, pour le remplacer par le mécanisme du contrôle de proportionnalité, on risque de verser dans le pur raisonnement analytique, alourdi par le renvoi aux décisions antérieures. C'est la case law. Loin d'éviter le chaos juridique, on y plonge. Le juge et les avocats se reporteront servilement, par voie « d'empilement », aux cas supposés probants. La formation de la jurisprudence n'a pas besoin de cette technique. Si tel était le cas, on le saurait depuis deux siècles* ». V. P.-Y. GAUTIER, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.* 2017, p.752. Là encore, s'agissant de l'application des normes écrites, on pourrait adhérer au raisonnement, bien que dans certaines matières, la réalité des règles jurisprudentielles semble très clairement dépasser le texte, y compris dans son esprit. On pensera, pour un exemple anecdotique, au droit de la responsabilité civile, pour lequel la Cour de cassation est venue développer progressivement de plus en plus de régimes objectifs, s'éloignant de l'esprit des textes.

dont on observera la rigidité (A). L'objectif est d'exposer les avantages tirés de la logique des pays de *common law*, tout en admettant qu'ils ne puissent être repris en droit français. Cela permettra ensuite de mener une réflexion sur l'inspiration que l'on peut en tirer s'agissant du contrôle de conventionnalité (B).

A/ La rigidité excessive du précédent de certains droits inspirés de la *common law*

362. La détermination du précédent en droit anglais. En droit anglais, nous l'avons mentionné, la jurisprudence est contrainte d'asseoir sa légitimité en s'assurant de la stabilité des décisions qu'elle rend. Le précédent est donc le moyen idéal pour parvenir à un tel résultat. Il constitue toutefois une véritable contrainte, dans la mesure où le juge qui statue n'a pas d'autre choix que de se conformer exactement à la décision antérieurement rendue dans une espèce similaire¹. Ainsi, la détermination du précédent reste au cœur du droit anglais². La doctrine du précédent impose au juge de suivre les solutions précédemment rendues par les juridictions qui lui sont hiérarchiquement supérieures ou équivalentes. La hiérarchie des juridictions est donc fondamentale dans le droit du précédent anglais. La juridiction au sommet est évidemment la Cour suprême, puis on trouve la Cour d'appel, et enfin la Haute Cour. En ce qui concerne les juridictions inférieures, leur situation est différente : elles n'ont aucun pouvoir normatif, et se contentent d'appliquer les solutions rendues par les juridictions de degré supérieur. Leurs propres solutions ne sont donc pas à proprement parler des précédents. La question est donc assez importante, notamment lorsqu'il s'agira d'évoquer les acteurs du contrôle de conventionnalité en droit français³. Le précédent anglais ne découle pas de tous les aspects d'une décision, il n'y a qu'une seule partie de la décision qui va s'imposer aux juridictions inférieures. Seul le « *ratio decidendi* » va s'imposer, c'est-à-dire la règle posée par la décision mais seulement en ce qu'elle va être appliquée au cas d'espèce. Le « *précédent* » anglais correspond donc à une règle posée et appliquée au cas d'espèce. Si le juge évoque une

¹ C'est la *binding precedent*, ou encore une application de l'adage *stare rationibus decidendis*, qui signifie « garder les décisions dans les espèces passées », *ibid.* p.96. Ce dernier peut aussi être abrégé en « *ratio decidendi* ». Pour une approche synthétique en langue anglaise, V. M. HARVEY, C. KIRBY-LÉGIER, M. CHARRET-DEL BOVE, *Droit anglais et américain*, Armand Colin, 2011, p.17 ; E. SERVIDIO-DELABRE, *Common Law, Introduction to the english and american legal systems*, Dalloz, 2004, p.77.

² Sur ces aspects, V. G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p.100 et suiv. ; D. FRISON, *op. cit.* p.82 et suiv. ; M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étranger*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2018, p.120 ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2016, p.302 ; R. SÉROUSSI, *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, 3^{ème} édition, 2003, p.19 ; R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Lexis Nexis, 3^{ème} édition, 2016, p.17 et suiv.

³ Cela justifie d'ailleurs la proposition de création de l'avis en conventionnalité, en vue de permettre à la Cour de cassation de créer elle-même un précédent dans le cadre du contrôle de l'application de la loi, V. §424 de la thèse.

règle plus générale, mais qui n'est pas exactement appliquée au cas qui lui est soumis, cette règle ne constituera pas un précédent, mais simplement l'énonciation d'un principe général. De la même façon, si seule une partie de cette règle est appliquée, seule cette partie constituera un précédent. Mais en réalité lorsqu'on songe au précédent, ce n'est pas tant le fondement juridique qui importe, mais plutôt la solution qui est donnée au problème précis. On considère qu'à faits similaires, solution similaire. Les faits sont donc d'une importance primordiale : des comparaisons permanentes entre les différents cas doivent donc être effectuées, pour savoir si les faits de telle affaire sont analogues ou non à ceux d'une affaire précédente. Si c'est le cas, l'affaire précédente sert de référentiel, et la solution qui y a été appliquée s'appliquera à la nouvelle. Dans le cas contraire, le juge pourra trouver une autre solution, et un précédent naîtra. Ce dernier pourra ainsi servir de référentiel à d'autres affaires futures dont les faits sont analogues. Les faits jouent donc un rôle central, puisque ce sont en réalité eux qui vont circonscrire le litige et qui vont permettre de soumettre l'affaire en cause à tel ou tel précédent. La règle générale importe donc peu en soi, puisque le juriste anglais va directement rechercher la solution applicable par référence à des faits analogues, et non par référence à l'application d'une règle générale applicable à une pluralité de faits. Par conséquent, le juge, lorsqu'il crée un précédent, ne va absolument pas créer une nouvelle règle générale, mais plutôt appliquer une solution à des faits qui n'auront pas encore été rencontrés auparavant. Le droit anglais ne se compose donc pas d'un corpus de règles générales comme le droit français, mais plutôt en une multitude de règles spéciales ayant vocation à s'appliquer à une multitude de cas particuliers. D'ailleurs, lorsque le juge anglais va créer un précédent, il ne le fait qu'au regard des faits de l'espèce, et non au regard d'une volonté de créer une règle générale qui aurait vocation à s'appliquer aux affaires futures. Il ne laisse donc pas transparaître d'indications concernant la solution qui aurait été de mise si les faits avaient été différents. En effet, cela étendrait le potentiel champ d'application de la décision à des faits qui ne lui étaient pas soumis, comme c'est le cas en droit français. La solution rendue par le juge anglais ne saurait donc être anticipatoire de solutions ultérieures. Cette appréciation implique nécessairement une certaine rigidité qui est un obstacle à tout revirement de jurisprudence.

363. Les revirements de jurisprudence en droit anglais. En droit anglais, la question du revirement de jurisprudence est bien différente qu'en droit français, et ce du fait de la différence d'importance de chacune des sources dans les deux pays. En effet, cela a été évoqué, en droit anglais la source principale est précisément la jurisprudence. Par conséquent, la stabilité et la prévisibilité du droit dépendent directement et parfois exclusivement de la stabilité des

règles jurisprudentielles qui sont posées. En droit français, la jurisprudence n'étant pas une source officielle du droit, on considère que la stabilité du droit et sa prévisibilité sont garantis par les textes. C'est pour cette raison qu'en droit français les revirements de jurisprudence sont beaucoup plus facilement admis qu'en droit anglais. Dans ce dernier cas, les revirements de jurisprudence étaient d'ailleurs explicitement prohibés par les juges anglais¹, que ce soit pour la Cour suprême ou pour la Cour d'appel. Cette approche assez rigide se retrouve d'ailleurs en droit australien et néo-zélandais, qui ont conservé une approche très britannique². Face à l'évolution des sociétés et des technologies, ce n'est qu'assez récemment que le juge anglais a admis la possibilité d'opérer des revirements de jurisprudence. Et il le fait avec la plus grande parcimonie : en effet, dans les déclarations effectuées par la Cour suprême, elle se confère à elle seule la possibilité d'opérer un revirement jurisprudentiel. Par conséquent, la Cour d'appel demeure tenue de respecter ses propres précédents, et ne pourra admettre de revirement que s'il a été opéré par la Cour suprême. Cette dernière demeure très vigilante, devant le peu d'affaires qui paraissent devant elle, encore moins font l'objet de revirement, sachant qu'elle encadre très largement ses propres possibilités d'en effectuer : soucieuse de préserver au maximum la sécurité juridique, elle considère qu'une « mauvaise » solution jurisprudentielle ne constitue pas à elle seule une raison suffisante pour opérer un revirement. De même, les interprétations des textes législatifs existants ne sauraient faire trop souvent l'objet de revirements, et la matière contractuelle doit au maximum être préservée de tout revirement. Ainsi, la technique du précédent anglais aboutit à un droit beaucoup plus figé, intangible, stable que ce qu'on pourrait croire de prime abord. Un droit qui finalement est beaucoup plus stable que le droit français où le pouvoir interprétatif du juge le conduit à opérer plus fréquemment des revirements de jurisprudence, dont l'effet rétroactif sur l'affaire jugée n'est pas dénué de conséquences du point de vue de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit. Le droit anglais consent toutefois à un certain nombre d'assouplissements. En effet, lorsqu'une solution a été rendue dans l'ignorance d'une règle de portée générale³, le juge qui est ensuite saisi d'une affaire similaire peut s'écarter de ce précédent. De la même façon, en présence de deux précédents contradictoires, le juge peut opter pour l'un ou pour l'autre, et n'est pas tenu d'appliquer seulement le dernier en date. Enfin, et c'est par ce biais que le juge peut s'écarter le plus facilement d'une décision : le changement de faits. Il suffit au juge de considérer que les faits

¹ V. G. CUNIBERTI, *op. cit.*, p.106.

² V. A. J. BULLIER, *La common law*, 4^{ème} édition, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2016, p.131.

³ Par exemple, lorsque le juge qui rend la solution n'avait pas conscience de l'existence d'une loi sur le sujet, ou bien une loi est intervenue postérieurement.

de l'affaire qui le concerne sont différents de ceux de l'affaire qui aurait constitué un précédent, pour qu'il puisse s'écarter de ce dernier. Ainsi, il n'y a à proprement parler pas de revirement de jurisprudence puisque les faits ne sont pas exactement similaires, si bien que la contradiction avec la solution rendue dans une décision antérieure est beaucoup moins frontale. Bien que d'inspiration similaire, le droit américain se démarque de son homologue anglais.

364. Le précédent et les revirements de jurisprudence en droit américain. De tradition britannique, la jurisprudence est bien et toujours la source principale du droit américain. Toutefois, l'appréciation du précédent connaît de forts aménagements comparativement au droit anglais. D'abord, aucune interdiction n'est fixée en ce qui concerne les revirements de jurisprudence. Le juge américain peut ainsi, s'il le souhaite, se permettre d'aménager la rétroactivité de ses décisions, et prévoir qu'elles ne seront pas rétroactives¹. Le principe reste donc qu'un précédent n'est applicable que pour l'avenir. La doctrine américaine du précédent est donc beaucoup moins rigide qu'en droit anglais. Les juges américains considèrent en effet que lorsqu'un précédent n'est plus satisfaisant, le juge peut choisir de s'en écarter et appliquer une solution nouvelle qui sera plus adaptée aux attentes légitimes du justiciable. C'est ainsi une vision moins rigide que la vision anglaise, et qui se rapproche de ce point de vue de la vision française de la possibilité pour le juge d'opérer des revirements de jurisprudence. Les juges américains considéraient que le droit américain étant en plus grande expansion que le droit anglais et évoluant plus rapidement, l'admission de la possibilité d'utiliser des revirements de jurisprudence était nécessaire. Une autre justification réside dans la nécessité d'accéder à un droit plus adéquat et plus juste, ce qui implique s'adapter au maximum aux évolutions pour que les solutions posées puissent être les plus satisfaisantes possible pour le justiciable. D'où l'intérêt de ne pas adopter une doctrine du précédent trop rigide qui serait un frein à l'adaptabilité des règles posées. La Cour suprême souhaite cependant encadrer la possibilité pour le juge de déroger au principe du précédent. Il faut donc pour ce faire distinguer selon l'origine du précédent, qui fera varier l'intensité du principe. En effet, une jurisprudence peut poser une règle relativement à l'interprétation d'une norme législative, ou encore constitutionnelle, voire même poser une règle indépendante de l'application d'un texte. Nous verrons que s'agissant du droit français, s'imprégner de telles logiques reste indispensable, mais le « précédent en conventionnalité » ne saurait être similairement manié.

¹ On nomme le procédé *prospective overruling*.

B/ L'applicabilité variable de la logique du précédent selon la nature du contrôle

365. Le précédent en réponse à l'exigence de stabilité. S'agissant du contrôle de conventionnalité, la question de la sécurité juridique est inextricablement liée à celle des divergences de jurisprudence¹. Ces dernières peuvent prendre diverses formes², dans la mesure où elles peuvent être constatées au sein d'un même système juridictionnel³, ou résulter de sa confrontation à un système supranational⁴. Les commentateurs les plus véhéments à l'égard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourraient trouver un refuge dans sa conscience du problème, et sa volonté d'y remédier. En effet, elle ne manque pas depuis quelques années de souligner l'existence de divergences de jurisprudence et manifeste son hostilité à leur égard, en se fondant sur le droit à un procès équitable pour les condamner⁵. Une telle approche plaide d'ailleurs en faveur d'une « émergence d'un droit à une jurisprudence équitable »⁶, qui fonde en partie notre raisonnement.

¹ La Cour européenne des droits de l'homme en dresse d'ailleurs elle-même le constat. V., entre autres, CEDH, 20 octobre 2011, *Nejdet Sahin and Perihan Sahin c/ Turquie*, n°13279/05, §57, où elle estime que « *un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, lequel tend notamment à garantir aux justiciables une certaine stabilité des situations juridiques ainsi qu'à favoriser la confiance du public dans la justice. En effet, toute persistance de divergences de jurisprudence est susceptible de créer une incertitude juridique de nature à réduire la confiance du public dans le système judiciaire, alors même que cette confiance constitue l'une des composantes fondamentales de l'Etat de droit* ». Elle précise toutefois que cela ne revient pas à créer un droit à une jurisprudence constante (V. par exemple, CEDH, 18 décembre 2008, *Unédic c/ France*, n°20153/04, §74).

² Pour une distinction très convaincante de l'existence de ces deux sortes de divergences « internes » et « externes », V. B. BONNET, « Le traitement des divergences de jurisprudence entre le Conseil d'État français et la Cour européenne des droits de l'homme : trois exemples en forme d'illustration », in P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.273. V. aussi, dans le même ouvrage, E. SERVERIN, « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », p.73.

³ Par exemple, dans le système français, la divergence peut ainsi concerner les juridictions des deux ordres ou encore entre les juridictions inférieures et supérieures de chaque ordre, voire entre les juridictions de même niveau hiérarchique, du fait tantôt de la pluralité de chambres en leur sein, et/ou des localisations multiples. C'est dire combien les risques de divergences sont nombreux.

⁴ Notamment au regard des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁵ V. par exemple, CEDH, 23 mai 2019, *Sine Tsaggarakis A.E.E. c/ Grèce*, n°17257/13, spéc. le e), §48, où elle énonce que « *les critères qui guident la Cour dans son appréciation des conditions dans lesquelles des décisions contradictoires de différentes juridictions internes statuant en dernier ressort emportent violation du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention, consistent à déterminer, premièrement, s'il existe dans la jurisprudence des juridictions internes « des divergences profondes et persistantes », deuxièmement, si le droit interne prévoit des mécanismes visant à la suppression de ces incohérences et, troisièmement, si ces mécanismes ont été appliqués et quels ont été, le cas échéant, les effets de leur application* ». S'y référer pour une citation des précédents sur cette question.

⁶ V. par exemple, pour une étude complète et inspirante sur cette question, E. RIPOCHE, « Les divergences de jurisprudence devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'émergence d'un droit à une jurisprudence équitable », *RTD Civ.* 2022, p.25. Nous y renverrons pour davantage de détails sur cette question.

366. L'adaptation de la logique du précédent dans le contrôle du contenu. Lorsque le juge contrôle le contenu des normes, il adopte une position en partie similaire à celle d'un juge anglais ou américain dans la mesure où il construit, parfois seul, le critère d'éviction de la norme. Il dispose même dans ce cas d'un pouvoir bien plus grand, dans la mesure où sa décision pourra influencer sur l'existence même de la norme, et être à l'origine de sa modification. La jurisprudence acquiert donc par ce biais une valeur hiérarchiquement supérieure à la loi, d'autant que les interventions postérieures du législateur ne sauraient les contredire. Or, la consécration d'une telle compétence est issue de logiques de pays de *common law*, mais répond aux règles procédurales et juridictionnelles propres au droit français, qui lui permettent d'opérer plus facilement des revirements. Un tel résultat est ainsi nécessairement un facteur d'instabilité, d'autant plus préjudiciable au vu de la portée générale des décisions rendues lorsqu'un contrôle du contenu de la norme est exercé. La citation du précédent, lorsqu'un contrôle du contenu de la loi est exercé, devrait donc répondre à un impératif de stabilité bien plus fort, dont la rigidité serait plus proche de celle du droit anglais. En effet, la portée générale d'un tel contrôle devrait fermer la plupart des possibilités de revirements, d'autant que dans ces cas aucune circonstance factuelle ne saurait le justifier. Ainsi, une telle logique supposerait que le juge judiciaire, confronté au contrôle du contenu d'un texte qui a déjà fait l'objet d'un contrôle antérieur, se conforme le plus strictement possible au précédent, en citant explicitement la décision qui lui sert de fondement juridique. Les seules possibilités de revirement résideraient dans une différence de position d'autres juges du contrôle de la loi, comme la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union, ou encore le Conseil constitutionnel, qui se devraient d'être intégrées dans la décision pour la fonder¹. La normativité qui ainsi conférée à la continuité jurisprudentielle pose nécessairement la question de sa modulation si le revirement devait être admis. En effet, les règles d'application de la loi dans le temps peuvent dans cette mesure être transposées aux règles d'origine jurisprudentielle, suivant la logique de l'espérance légitime posée par la Cour européenne des droits de l'homme². La jurisprudence de la Cour de cassation s'est toutefois déjà saisie de la question à plusieurs reprises³, y compris lorsqu'il s'agissait d'une jurisprudence venant éclairer un texte pour la première fois⁴. Cela lui permet de moduler les effets de ses revirements de jurisprudence au profit du justiciable qui en est à

¹ Nous aborderons la question plus en détail *infra*.

² Nous l'avons évoquée précédemment, pour les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, v. §222. Les lois fiscales sont d'ailleurs un terrain très propice à l'application d'une telle jurisprudence. Pour une application devant le Conseil d'État, v. par exemple, CE, 19 novembre 2008, n°292948.

³ Pour une première application, v. Ass. plén., 21 décembre 2006, n°00-20.493.

⁴ Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2012, n°10-28.032.

l'origine¹, qui découlent justement de la conscience de la normativité de ses décisions. Elle peut par ailleurs dans certains cas fixer la date à partir de laquelle son interprétation sera applicable, à la manière de la fixation de la date d'entrée en vigueur d'une loi². Une telle logique est ainsi rassurante, et peut aisément être transposée en matière de contrôle de la loi.

Ainsi la construction, la citation et le respect du précédent répondent à des impératifs et logiques issues des pays de *common law*, qui ne peuvent avoir les mêmes traductions en droit français mais peuvent s'y intégrer sans difficulté.

Dans la mesure où il s'agit d'harmoniser les pratiques judiciaires, une telle intégration ne nécessite évidemment aucune intervention législative, dans la mesure où il s'agit d'une construction jurisprudentielle spontanée. Elle serait d'autant plus profitable qu'elle supposerait un allègement considérable de la motivation dans ce cadre : nul besoin d'effectuer à nouveau un contrôle de conventionnalité, et donc de proportionnalité. La citation du seul « précédent en conventionnalité du contenu »³ suffirait, dans la mesure où il aurait déjà été exercé dans la décision antérieure, et où aucun critère factuel n'est à prendre en considération⁴. La logique est aussi transposable, même si elle diffère, s'agissant du contrôle de la compatibilité de l'application des lois.

¹ Un arrêt de la chambre commerciale est particulièrement pédagogique en la matière. V. Com., 21 mars 2018, n°16-28.412. La formulation employée est topique des règles d'application de la loi dans le temps, et est si claire qu'elle ne nécessite pas d'approfondir sur le contexte. La Cour estime ainsi « *que l'application, à la présente instance, de la règle issue du revirement de jurisprudence, qui conduirait à retenir l'irrecevabilité de l'appel formé devant la cour d'appel de Paris, aboutirait à priver la société Best, qui ne pouvait ni connaître, ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que la censure de l'arrêt n'est, dès lors, pas encourue* ». Il s'agit ainsi, dans cette décision, de moduler dans le temps le revirement de jurisprudence lorsqu'il conduit à imposer au requérant une règle plus restrictive que celle qui lui était imposée auparavant : le procédé rappelle le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, qui ne saurait ainsi être appliquée aux instances en cours. Pour une bonne analyse de cette décision, et de manière plus générale sur cette question, V. P. DEUMIER, « Modulation de la jurisprudence : domaine, méthode, moment », *JCP G* 2018, 541. Pour un bon exemple en matière civile, V. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2007, n°05-13.248, dans lequel la Cour estimait, « *que l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle d'irrecevabilité, dans une instance en cours aboutirait à priver le demandeur au pourvoi d'un procès équitable, en lui interdisant l'accès au juge* » et que par conséquent « *il n'y a donc pas lieu de faire une application immédiate de cette règle d'irrecevabilité au pourvoi en cassation* ».

² Civ., 1^{ère}, 5 juillet 2012, n°11-18.132. Elle estimait que « *l'application immédiate d'une telle règle de procédure dans les instances introduites par un pourvoi dont le mémoire en demande aurait dû être signifié avant le 5 juillet 2012, date du présent arrêt, aboutirait à interdire aux demandeurs aux pourvois l'accès au juge, partant à les priver d'un procès équitable* ».

³ Une telle démarche a déjà été observée dans plusieurs arrêts précités, que nous mentionnerons à nouveau *infra*.

⁴ En ce sens, nous sommes en désaccord avec le juge MIMIN qui – à l'époque du moins – jugeait la citation du précédent assez peu utile, dans la mesure où elle conduisait selon lui à un alourdissement de la décision. V. P. MIMIN, *Le style des jugements*, Juris-classeurs, éditions Godde, 1927, p.141. La plupart des détracteurs d'une motivation enrichie, que nous avons évoqués, ont d'ailleurs un avis similaire.

367. L'inspiration plus forte des logiques de *common law* dans le contrôle de l'application. Lorsque le juge judiciaire contrôle l'application de la norme, l'inspiration des pays de *common law* peut être cette fois plus grande. En effet, dans la mesure où la norme est cette fois écartée de manière circonstanciée, l'intrusion du fait et la prééminence de la casuistique peuvent impliquer une transposition partielle. Ainsi, lorsque le juge sera chargé de contrôler la compatibilité de l'application d'une loi à l'espèce en cause, il devra nécessairement procéder à une comparaison factuelle de la décision précédemment rendue. En cas de circonstances factuelles similaires ou proches, il se contraindrait à rendre une décision similaire. Il pourrait toutefois justifier un « revirement de jurisprudence », qui n'en est en réalité pas vraiment un au sens français du terme, en le justifiant par des circonstances factuelles différentes. En effet, la normativité de telles décisions a une portée cantonnée au cas particulier, et a beaucoup moins vocation à devenir une règle générale. Dans cette mesure, les logiques sont bien plus proches de celles précédemment évoquées dans les pays de *common law*. Ainsi, qu'il s'agisse d'une décision précédente qui conduise à la compatibilité ou à l'incompatibilité de l'application du texte à l'espèce, le raisonnement juridique qui devrait dominer s'agissant de l'exercice ou non d'un contrôle de conventionnalité doit être fondé dès l'origine sur la différence ou la similarité des circonstances factuelles que comporte la décision à rendre. Si les circonstances sont similaires, nul besoin d'exercer un contrôle de proportionnalité de l'application de la norme, la citation du précédent et son adéquation avec les circonstances factuelles de l'espèce examinée suffisent. Au contraire, si ces dernières diffèrent, cela justifiera l'exercice d'un nouveau contrôle de proportionnalité, qui permettra ensuite de trancher librement en concluant à la compatibilité ou l'incompatibilité de l'application du texte¹. On l'aura compris, la citation du précédent est donc une étape indispensable à l'exercice du contrôle de conventionnalité, qu'il convient d'intégrer au sein de la structure précédemment mentionnée des décisions.

368. La citation du précédent dans la motivation. L'exercice du contrôle de conventionnalité, tel que pensé par la Cour de cassation, suit une structure précise qui se retrouve dans nombre de ses décisions et qui n'est pas remise en cause au sein de la présente

¹ À ce titre, nul besoin de craindre une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme le souligne Madame RIPOCHE, « *la distinction des cas, utilisée par les droits de common law, apparaît alors comme le corollaire du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Ce pouvoir semble reconnu par la Cour européenne, qui évite de s'engager trop avant dans l'analyse des données factuelles. Elle a ainsi considéré que des différences dans l'évaluation d'une indemnité en cas d'accident du travail se justifiaient par des différences de situation, et ne constituaient donc pas une divergence* ». Elle cite au soutien de son affirmation, CEDH, 29 septembre 2009, *Uçar c/ Turquie*, n°12960/05, §5.

étude¹. Il convient simplement d'y intégrer une étape supplémentaire, qui découle du constat précédemment énoncé. Qu'il s'agisse du contrôle du contenu ou du contrôle de l'application de la loi, il nous semble que l'intégration du précédent, dans la mesure où il commande ou non l'exercice ultérieur d'un contrôle de proportionnalité, doit justement être intégré préalablement à la 5^{ème} étape énoncée dans le rapport. Il conviendrait justement de mentionner, quel que soit le type de contrôle, une éventuelle absence de précédent, ce qui implique de créer six « questions pertinentes »², la 5^{ème} étant désormais « Le contrôle a-t-il été préalablement effectué dans une décision antérieure ? ». Lorsqu'un double contrôle est demandé, un « double précédent » pourrait d'ailleurs être mentionné, à moins que le double contrôle n'ait été préalablement exercé au sein d'une même décision antérieure, dont il conviendra d'explicitier le résultat de chacun des contrôles. D'où l'intérêt, comme nous l'avions souligné³, lorsque le contrôle de l'application de la loi est effectué, d'un cumul systématique avec celui du contenu de la loi. On l'aura compris, le précédent deviendrait donc dans cette mesure un véritable fondement juridique du contrôle de conventionnalité.

II. La citation des décisions antérieures, fondement juridique des contrôles de la loi

369. Lorsque le contrôle de la compatibilité du contenu ou de l'application de la loi est exercé, la citation du précédent demeure un fondement juridique indispensable à une continuité décisionnelle, et donc à une stabilisation et à la compréhension des solutions posées. Garder à l'esprit le modèle de création du précédent dans les pays de *common law* permet d'identifier un certain nombre de difficultés s'agissant de la création du « précédent en conventionnalité » au regard du contrôle actuellement opéré par le juge judiciaire. Une telle réflexion sur la citation des précédents a d'ailleurs aussi été menée par le Conseil d'État⁴. Certes, la citation du

¹ Pour rappel, voici les 5 étapes préconisées dans le rapport : « *La structure de ces droits commande le contrôle à opérer par un enchaînement de questions pertinentes.*

1. *Le droit invoqué est-il applicable ? [L'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droits protégés par la Convention]*

2. *La mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ?*

3. *Cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ?*

4. *Le but poursuivi est-il "légitime" ?*

5. *L'ingérence est-elle un moyen proportionné ("nécessaire dans une société démocratique") pour parvenir à ce but ?*

² Pour reprendre les termes du rapport.

³ V. §267 et suiv. de la thèse.

⁴ V. notamment le *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, 2018, site internet du Conseil d'État. Il y est mentionné que l'interprétation de la règle de droit peut découler « *de la jurisprudence du Conseil d'Etat lorsque celle-ci a déjà donné une interprétation de la règle que le juge applique. Il convient,*

précédent des décisions des autres juges de la loi est actuellement aisée (A) En revanche elle est beaucoup plus complexe au regard de la multitude d'acteurs du contrôle de conventionnalité identifiables au sein de l'ordre judiciaire (B).

A/ La citation des décisions antérieures des juges extra-judiciaires

370. La citation du « précédent » de la Cour européenne des droits de l'homme. Lors de l'exercice du contrôle du contenu et/ou de l'application des lois, le juge judiciaire se doit de mentionner les précédents de son homologue européen sur l'un ou l'autre des contrôles dont il est question. Il doit ainsi se conformer à son appréciation. Par exemple, en cas de validation du contenu de la norme par le juge européen, dans le cadre d'arrêts pilote, le juge judiciaire devra systématiquement citer et se conformer à la décision rendue. Une telle démarche est ainsi adoptée depuis longtemps, la Cour de cassation n'hésitant pas à citer explicitement les décisions de la Cour européenne dans de très nombreux arrêts, notamment suite à une condamnation de la France. Plus récemment, il semble que les références précises – numéro de requête inclus – des arrêts soient d'ailleurs le plus souvent mentionnées. En revanche, en cas de contrôle de l'application exercé par la Cour européenne, il devra identifier les faits à l'origine du litige et raisonner par analogie, et justifier très précisément ses positions s'il décidait de s'écarter de celle des juges strasbourgeois. C'est d'ailleurs un tel raisonnement qui avait en partie conduit à l'arrêt du 4 décembre 2013. En effet, le communiqué relatif à la décision ne manquait pas de mentionner que la requérante s'appuyait sur un arrêt de la CourEDH qui avait abouti à une condamnation de l'État en cause et qui concernait une affaire similaire. En effet dans un arrêt *B. et L. c/ Royaume-Uni*¹, il s'agissait aussi d'un homme qui souhaitait se marier avec l'ex-épouse de son fils, un enfant étant né de cette union. L'homme, grand-père de l'enfant, souhaitait par ailleurs l'adopter, ce qui était autorisé par la loi anglaise, après s'être marié avec la mère. L'équivalent anglais de l'officier d'État civil refuse toutefois de célébrer le mariage, le soumettant à la condition du décès de son fils et de la mère de ce dernier. Se fondant sur l'article 12 devant la Cour européenne, cette dernière considère qu'au vu des circonstances de

dans ce cas, de ne pas donner la référence de ces précédents mais de reprendre, lorsqu'ils existent, les paragraphes de principe des décisions publiées ou fichées du Conseil d'Etat sans les modifier, sauf bien sûr pour le rapporteur à proposer d'amender la jurisprudence. Par exception, lorsque le juge tire les conséquences d'une décision du Conseil constitutionnel ou de la Cour de justice de l'Union européenne qui s'impose à lui, il peut y faire référence dans les motifs de sa décision » (p.11). On y voit ainsi une faveur à la citation des décisions antérieures des juges constitutionnels ou européens. Il nous semble, du moins en matière de droits fondamentaux, qu'une telle distinction, en termes de référencement, ne doive être effectuée.

¹ CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, n°36536/02, V. not. §34 à 41, D. 2006, pan. 1414, note D. VIGNEAU et J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2005, p. 735, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* p. 758, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2005, n° 234, note A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE.

l'espèce, non seulement il était presque impossible que les conditions imposées soient un jour réunies pour que l'union puisse être célébrée, mais qu'il n'y avait de surcroît pas d'inceste, ni de relations extra-conjugales. De plus l'enfant vivant en partie chez le couple, la prohibition de leur mariage n'aurait pas prévenu d'éventuels dérèglements dans les relations familiales. Enfin, des exceptions avaient été précédemment admises dans le cadre d'un *personal Act of Parliament*¹ et avaient conduit des requérants dans une situation similaire à obtenir l'autorisation de se marier. Ces divers éléments mis en balance ont permis à la CourEDH, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité dont on perçoit qu'il est beaucoup plus approfondi, de conclure « *that there has been, in the circumstances of this case, a violation of Article 12 of the Convention* » (§41), autrement dit, qu'il y avait eu, dans les circonstances de l'espèce, une violation de l'article 12. Le communiqué de la Cour de cassation reprend l'esprit de cette formule pour préciser les contours de l'arrêt du 4 décembre 2013, et pratiquer un contrôle de proportionnalité similaire mais cette fois sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale. Au regard des observations formulées au sein de ce travail doctoral, il aurait ainsi été préférable de le citer explicitement, et de mentionner un tel raisonnement au sein de la décision². Le « précédent en conventionnalité » de la Cour européenne des droits de l'homme, en accord avec la logique de la construction dans les pays de *common law*, bénéficie en effet d'une autorité juridictionnelle forte, qui a d'ailleurs justifié bon nombre de revirements de la Cour de cassation : leur efficacité et leur influence n'est par conséquent plus à prouver, il ne reste finalement qu'à les citer systématiquement dans les décisions du juge judiciaire, ce que semble désormais faire la Cour de cassation. La logique est similaire s'agissant de la Cour de justice de l'Union européenne.

371. La citation du « précédent » de la Cour de justice de l'Union européenne. S'agissant de la Cour de justice de l'Union européenne, la seule différence avec la Cour européenne des droits de l'homme, du point de vue de la citation du précédent, réside dans la source de droits fondamentaux dont il est question, et des normes contrôlées, comme cela a été évoqué *supra*. De surcroît, comme cela a été mentionné, dans la mesure où son contrôle est cantonné au contenu des textes mettant en œuvre le droit de l'Union européenne au regard des

¹ Cela consiste en une procédure particulière qui permet d'obtenir des autorisations spécifiques pour déroger aux règles normalement en vigueur, mais qui était très onéreuse et difficile à mettre en œuvre pour le couple de requérants dans cette affaire.

² Nous adhérons en ce sens aux propos du Professeur GADHOUN, V. P.-Y. GAHDOUN, « Pour la suppression des commentaires », in *Constitution, justice, démocratie*, mélanges en l'honneur du Professeur Dominique ROUSSEAU, L.G.D.J. 2020, p.97.

droits fondamentaux qu'elle consacre, les précédents ne seront donc cités que dans cette mesure. Du reste, elle détient une autorité similaire, certes dans un autre ordre juridictionnel, du fait de son caractère supranational, qui se prête aisément à la construction puis la citation de précédent, en accord avec les logiques précitées. Certaines décisions de la Cour de cassation mobilisent d'ailleurs déjà les précédents de la Cour de justice en dehors du contrôle de la compatibilité de la loi aux droits fondamentaux communautaires, si bien qu'une telle démarche est déjà mobilisée.

372. La citation du « précédent » du Conseil constitutionnel. Là encore la logique est sensiblement similaire, d'autant que l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel à l'égard du juge judiciaire, s'agissant du contrôle du contenu des lois, a déjà été mentionnée¹. Citer le précédent, et s'y conformer, semble être la voie la plus appropriée de la complémentarité qui a été constatée s'agissant tant des deux contrôles du contenu des lois, et du contrôle du contenu de l'un et de l'application de l'autre. Une telle citation – et l'observation est valable y compris pour les autres juridictions en question – permet d'ailleurs d'explicitier la pleine conscience du juge judiciaire de son intégration au sein d'un tissu juridictionnel tant national qu'euro péen, et sa pleine volonté d'en assurer la cohérence. La seule difficulté, qui pourrait davantage questionner, réside dans la citation des décisions rendues dans le cadre du contrôle *a priori* des décisions du Conseil. S'agissant de décisions récentes, la solution laisse moins de place au doute : se conformer au précédent semble être la voie la plus appropriée, et est déjà très abondamment utilisée par la Cour de cassation, qui cite désormais presque systématiquement les décisions QPC rendues. En revanche, pour les décisions plus anciennes, il faudra justifier un changement de position sur le modèle du « changement de circonstances de droit ou de fait », notamment si le moyen en inconvictionnalité n'est pas accompagné d'une question prioritaire de constitutionnalité. Une telle difficulté illustre d'ailleurs l'intérêt d'intégrer une saisine pour avis au Conseil constitutionnel², en vue de faciliter l'articulation entre les contrôles du contenu de la loi, sans contrainte et dans un esprit dialogique. Si la citation des précédents des autres juges du contrôle de la loi pose assez peu de difficultés, c'est moins le cas s'agissant des décisions des juges de l'ordre judiciaire.

373. La citation du précédent du juge administratif. Lorsque le juge judiciaire doit se charger de contrôler une norme qui a déjà fait l'objet d'un contrôle par le juge administratif, il

¹ V. §209 et particulièrement §210.

² V. §227 et suivants.

ne saurait l'occulter, d'autant plus au regard des exigences de la Cour européenne en matière de neutralisation des divergences de jurisprudence. Dans cette mesure, les décisions du Conseil d'État, qu'elles soient rendues en tant que juge de cassation, de référé, ou dans le cadre de ses avis contentieux, devraient être explicitement citées. L'inverse est d'ailleurs tout aussi indispensable : *in fine*, les juges des deux ordres doivent observer leurs jurisprudences mutuelles en vue de mentionner le précédent, s'il existe, qui peut être identifié s'agissant du contrôle d'une même norme. La difficulté réside toutefois dans la citation des décisions des juridictions hiérarchiquement inférieures, qui est moins aisée. Ce problème est tout autant prégnant au sein de l'ordre judiciaire, et sera abordé ci-après.

B/ La citation des décisions antérieures des juges de l'ordre judiciaire

374. La citation du précédent de la Cour de cassation. Une difficulté majeure, qui justifie en grande partie la proposition formulée à l'issue du travail de thèse, découle du rôle confié à la Cour de cassation selon qu'il est question du contrôle du contenu de la loi ou de celui de son application. En effet, nous l'avions évoqué, si elle contrôle elle-même, du fait des effets généraux du contrôle, le contenu de la norme, la question est plus subtile s'agissant du contrôle de son application. Il s'agira donc de distinguer selon qu'il est question du contrôle du contenu de la loi, ou celui de son application.

S'agissant du premier, dans la mesure où la Cour de cassation a admis sa compétence pour l'effectuer elle-même, que ce soit dans le cadre d'un pourvoi, ou d'une saisine pour avis, la construction du « précédent en conventionnalité » ne pose aucune difficulté. Que ce soit la Cour elle-même, ou les juges du fond, la citation d'une décision antérieure portant sur le contrôle du contenu de la norme est donc aisée, et fait d'ailleurs déjà l'objet de citations explicites dans les décisions récentes¹.

En revanche, davantage de difficultés, causées par son incapacité à intégrer pleinement les faits dans son raisonnement, sont identifiables s'agissant du contrôle de l'application des lois. En effet, hormis dans l'arrêt du 4 décembre 2013 dans lequel elle l'exerce elle-même, et celui du 26 octobre 2016², dans lequel elle substitue ses motifs à ceux des juges du fond, la Cour de cassation se refuse dans la majorité des cas à exercer elle-même ce type de contrôle. Plus gênant

¹ Nous citons l'exemple le plus vertueux que nous ayons décelé, à savoir l'arrêt de la chambre commerciale du 12 mai 2021, n°18-15.153. La Cour cite en effet non seulement les précédents européens (§7), mais aussi ses propres précédents (§8 et §11), et enfin elle évoque explicitement les effets de son revirement de jurisprudence (§15).

² Crim., 26 octobre 2016, n°15-83.774.

encore, elle s'y refuse même lorsqu'il s'agit d'une saisine pour avis, par respect des textes qui la contraignent¹. Par voie de conséquence, il lui est plus difficile de créer le précédent lorsqu'il s'agit de contrôler l'application de la loi, afin d'assurer une continuité décisionnelle, et d'être un réel référentiel pour les juges du fond. En n'effectuant qu'un « contrôle du contrôle », en validant ou invalidant les décisions rendues par les juges du fond, elle pourrait complexifier le référentiel auquel ces derniers devront se conformer.

375. La difficile citation des précédents des Cours d'appel. S'agissant du contrôle de l'application des lois, à défaut de pouvoir suivre un quelconque précédent de la Cour de cassation, c'est en grande partie aux Cours d'appel, actuellement, que reviendrait la tâche de construire le « précédent en conventionnalité », du moins s'agissant du contrôle de l'application des lois. En effet, dans la mesure où elles constitueraient le dernier organe juridictionnel compétent en la matière, il faudrait donc considérer que chaque Cour d'appel soit en capacité de construire des décisions qui feraient office de précédent, selon le modèle de structuration précité. La tâche n'est pas aisée. D'autant que toute Cour d'appel chargée de trancher dans le cadre du contrôle de l'application des lois devrait dans ce cas se référer au précédent de la Cour de cassation portant sur son contenu, puis, éventuellement, de son application « validée ». Risqueraient ainsi de se superposer plusieurs catégories de « précédents conventionnels » des Cours d'appel : les « précédents conventionnels validés », les « précédents conventionnels invalidés », les « précédents conventionnels modifiés » et enfin les « précédents conventionnels non examinés », qui seraient probablement les plus nombreux. Les premiers correspondraient au cas dans lequel la Cour de cassation, examinant la décision des juges du fond qui auraient effectué un contrôle de l'application de la loi, aurait conclu à un rejet du pourvoi en considérant que le contrôle avait été effectué correctement. Cette forme de « précédent » serait ainsi celle dotée de la force normative la plus importante, et la plus accessible aux juridictions du fond². Elle est celle qui semble actuellement souhaitée par la Cour de cassation, et présente le moins de difficultés. Les seconds supposeraient que la Cour de cassation ait invalidé une décision rendue en matière de contrôle de l'application des lois, si bien que sa valeur normative serait dans ces cas neutralisée, voire envisagée « en tant que ne pas » : le juge du fond aurait donc

¹ V. §433 de la thèse.

² Nous renvoyons, pour une appréciation de telles décisions, à celles dans lesquelles nous évoquons la définition du contrôle par la validation des décisions des juges du fond, V. particulièrement le §53 de la thèse. Pour l'exemple le plus emblématique et le plus vertueux, V. Crim., 18 mai 2022, n°21-86.685. La Cour de cassation cite ainsi trois de ses arrêts (§11), et témoigne ainsi de la cohérence de sa jurisprudence. V. aussi l'emblématique arrêt de la chambre commerciale du 12 juillet 2022, n°21-83.710 (V. §179 de la thèse pour davantage de détails sur cet arrêt).

l'obligation négative de ne pas suivre un tel raisonnement¹. En toute logique, ils devraient se conformer plutôt à la décision rendue par la Cour d'appel de renvoi, qui constituerait la troisième forme de précédent, à savoir « le précédent conventionnel modifié », dont l'autorité serait toutefois supérieure à la quatrième forme de précédent envisagée². En effet, dans la mesure où la décision d'une Cour d'appel ne fait pas toujours l'objet d'un pourvoi en cassation, il faut envisager le cas du « précédent conventionnel non examiné », probablement plus fréquent.

Pour résumer, la Cour d'appel chargée de répondre à un moyen fondé sur un contrôle de l'application des lois devrait motiver sa décision selon la méthode suivante : citer prioritairement un « précédent conventionnel validé », ou, à défaut « un précédent conventionnel modifié », ou encore à défaut, « un précédent conventionnel non examiné », d'une autre Cour d'appel. En cas de recherche infructueuse, elle constituerait ainsi une décision qui ferait office de premier précédent, perçu par les autres Cours d'appel comme étant lui-même un « précédent conventionnel non examiné » si la décision ne fait pas l'objet d'un pourvoi. Cette solution, certes complexe, n'est toutefois pas inenvisageable, du moins d'un point de vue purement théorique. La pratique d'une telle méthode illustre d'ores et déjà les difficultés liées à l'utilisation d'un contrôle diffus, la voie du pourvoi n'étant d'ailleurs pas nécessairement à même de satisfaire une continuité décisionnelle, dans la mesure où il n'est pas systématiquement formé : la voie de l'avis est donc intéressante de ce point de vue. D'autant que les décisions rendues par les juges du premier degré ne pourraient suivre un raisonnement similaire à celui qui vient d'être exposé.

376. La citation du « précédent » du juge du premier degré. Là encore, la logique est similaire. Simplement, le travail du juge et du plaideur du premier degré serait dans ce cas irréalisable. Le premier travail, déjà effectué par la Cour d'appel comme énoncé précédemment, constituerait une première recherche préalable. Toutefois, le même raisonnement devrait être ensuite appliqué, à l'échelon inférieur, mais cette fois eu égard aux « précédents conventionnels » que constituent les décisions des juges du premier degré. Un tel travail, du moins sur le long terme, risquerait d'être titanesque, et restera ainsi purement théorique. On pourrait objecter qu'il en est de même pour l'interprétation de la règle de droit, et qu'un tel

¹ Une telle figure est pour l'instant identifiable dans les décisions dans lesquelles la Cour avait cassé les arrêts des Cours d'appel qui n'avaient pas pratiqué un contrôle de l'application de la norme, que nous avons mentionnés en première partie, Crim., 26 octobre 2016, n°15-83.774 au §54 de la thèse.

² Sauf nouveau pourvoi. Dans ce cas, on retrouverait alternativement un « précédent conventionnel validé » dans la plupart des cas, et probablement plus rarement, un « précédent conventionnel invalidé ».

raisonnement pourrait aussi s'appliquer si l'on transposait la logique du précédent à l'interprétation des lois. Dans ces cas, la voie de la cassation est contenue dans les mêmes limites. C'est précisément un tel argument qui plaide en faveur de la proposition qui sera formulée à l'issue du travail doctoral : le juge du premier degré s'est justement vu offrir la voie de l'avis, qui lui permet de saisir directement la Cour de cassation lorsqu'il est confronté à un problème d'interprétation de la règle de droit que la Cour de cassation n'a pas encore tranché, le caractère « nouveau » de la question posée répondant d'ailleurs à la logique du « précédent ». Dans cette mesure, pourquoi ne pas offrir une possibilité similaire, mais s'agissant d'un plein contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application de la loi aux droits fondamentaux d'origine conventionnelle ? Nous verrons que les changements textuels qu'implique cette admission ne dénatureraient pas son rôle¹. La difficulté d'application de la méthode de citation de précédents dans la motivation de la décision du juge, en matière de contrôle de conventionnalité, n'est que le reflet des risques liés à la multiplicité juridictionnelle, qui seront abordés *infra*.

¹ V. le §423 de la thèse.

CONCLUSION CHAPITRE 1

377. « *Qui sait si, alors, la Cour de cassation ne poursuivra pas son évolution. En effet, si elle a parcouru un long chemin, elle l'a fait en maintenant une conception de la jurisprudence calquée sur le modèle de la loi, toute de généralité et d'instantanéité, quand la jurisprudence s'élabore à mesure des cas et au fil des précisions et confirmations. Qui sait si le prochain temps de notre histoire ne sera pas celui où la Cour de cassation s'inspirera, pour saisir les normes jurisprudentielles, du pragmatisme avec lequel la Cour EDH retrace leur construction, en mesurant précisément le sens et le poids des décisions successives et de leur réception ?* »¹. De tels questionnements illustrent parfaitement la conclusion que nous tirons des nécessités d'encadrement des méthodes de contrôle de la loi. D'abord, la structuration du contrôle de conventionnalité a fait l'objet d'une réflexion approfondie de la part de la Cour de cassation, qui a été directement suivie d'effets dans ses décisions ultérieures. Une telle démarche tend à rassurer sur la volonté du juge judiciaire d'encadrer lui-même l'exercice du pouvoir de contrôle qui lui a été confié. Toutefois, le contrôle de proportionnalité qui en découle, inspiré de celui de la Cour européenne des droits de l'homme, se dessine par des contours difficilement saisissables, d'autant qu'il serait nécessaire de mobiliser davantage la fluctuante notion de marge nationale d'appréciation. À l'image du contrôle du juge européen, il semble protéiforme, si bien que toute tentative de systématisation semble vaine, malgré l'identification d'un certain nombre de figures types. Une telle méthode, issue de logiques étrangères, implique ainsi de faire le deuil d'un encadrement aussi rassurant que celui qu'offre la méthode syllogistique. La sécurité réside davantage dans l'assurance d'une certaine continuité décisionnelle. Cette dernière, facilitée par la structuration précitée, implique toutefois de citer explicitement, impérativement et systématiquement les décisions antérieurement rendues par les différents juges de la loi. Le contrôle du contenu et de l'application des normes implique désormais d'explicitement l'inclusion du juge judiciaire au sein d'un tissu juridictionnel, ce qui doit transparaître dans la motivation de ses décisions. De surcroît, la citation de ses propres précédents, ainsi que celle de ses homologues, demeure indispensable, qu'il s'agisse du contrôle du contenu de la norme ou celui de son application. En la matière, il faudra distinguer en fonction de chacun d'entre eux. En effet, la possibilité pour la Cour de cassation de contrôler elle-même le contenu de la loi, que ce soit au travers du pourvoi en cassation, ou par

¹ P. DEUMIER, « La jurisprudence : petite histoire d'une grande évolution », Plén., 02/04/2021, n°19-18.814, *RTD civ.* 2021, p.741.

l'intermédiaire de la saisine pour avis, lui permet de créer des précédents qui fonderont ses décisions ultérieures, et celles des juges du fond. Dans cette mesure, la simple intégration du précédent dans la motivation, ainsi que les préconisations marginales mentionnées, devraient conduire à une stabilité plutôt satisfaisante. En revanche, cela semble être moins le cas s'agissant du contrôle de l'application de la loi. La Cour de cassation, privée de la pleine possibilité de créer le précédent en la matière, et malgré le contrôle de « l'existence » du contrôle des juges du fond dont elle admet l'exercice, ne pourrait que laisser aux juges du fond le soin d'en assurer la création. Or, l'opération semble relativement complexe, si bien que les risques liés à l'exercice d'un contrôle essentiellement diffus interrogent sur la nécessité d'un encadrement de ses acteurs.

Chapitre 2 : L'encadrement des acteurs du double contrôle de la loi

378. Après avoir évoqué l'encadrement de la méthode pratiquée par le juge judiciaire, encore faut-il déterminer les juges qui seront chargés d'en faire application. Parmi les « juges judiciaires » concernés, en tête se trouve bien évidemment la Cour de cassation, chargée de guider les juges du fond et d'uniformiser l'interprétation de la règle de droit. En l'état actuel des textes, il faut distinguer selon qu'il s'agit du contrôle du contenu de la loi ou de son application. S'agissant du premier, la Cour de cassation a pleinement la possibilité de remplir son rôle uniformisateur, du fait des effets généraux que revêt un tel contrôle. Il est donc certes diffus, mais est susceptible d'uniformisation. En revanche, s'agissant du contrôle de la compatibilité de l'application des lois, le contrôle pratiqué peut moins facilement faire l'objet d'une uniformisation par les hauts magistrats de l'ordre judiciaire, qui semblent cantonnés à un simple contrôle des motifs. Certains risques sont ainsi identifiables, qui découlent de cette absence de concentration du contrôle de la loi (Section 1). Il semble donc nécessaire de trouver une voie vers une concentration souple du contrôle (Section 2).

Section 1 : La présence de risques liés à l'utilisation d'un contrôle diffus

379. Les risques liés à l'utilisation d'un contrôle diffus de conventionnalité découlent notamment du fait que de multiples juridictions peuvent être chargées du contrôle de la loi (I). Ils sont seulement atténués par l'uniformisation de la méthode (II).

I. Les risques liés à la multiplicité juridictionnelle

380. Qu'il s'agisse du contrôle du contenu de la loi ou de son application à l'espèce, il convient de mentionner que des insuffisances organiques des juges du fond peuvent être identifiées (A). Elles se cumulent avec celles liées au seul contrôle de l'application de la loi. En effet, dans la mesure où il implique une prise en compte des faits, la Cour de cassation peine assez logiquement à s'en saisir pleinement. Elle cantonne par conséquent son contrôle à un simple contrôle des motifs, qui comprend lui aussi son lot d'insuffisances (B).

A/ Les insuffisances organiques des juridictions du fond

381. La présence d'un grand nombre de juridictions. En France, seulement dans l'ordre judiciaire, le maillage est composé de 164 tribunaux judiciaires, 210 Conseils de Prud'hommes, 36 cours d'appel. Étant entendu qu'au sein de chaque tribunal judiciaire, il faut aussi distinguer en fonction du type de contentieux dont il est question, et prendre en considération les distinctions entre juridictions pénales et civiles, et encore distinguer au sein de chacune de ces catégories les plus de 8000 magistrats qui exercent des fonctions juridictionnelles. Dans l'ordre administratif, ce sont 42 tribunaux administratifs, et 9 cours administratives d'appel pour environ 1200 magistrats à qui est confiée la possibilité d'écarter une norme générale et impersonnelle lorsque les circonstances de l'espèce le justifient. Il est évident qu'un simple examen comptable ne saurait constituer seul un réel argument et pourrait relever de la caricature, mais il n'en demeure pas moins que l'élément n'est pas à négliger¹. D'ailleurs, la logique des pays de *common law* reste celle d'une concentration juridictionnelle des organes judiciaires chargés de créer le précédent. Comme l'ouvrage des Professeurs DAVID, JAUFFRET-SPINOSI, et GORÉ le mentionne, « *un facteur qui a joué un grand rôle pour faire reconnaître en Angleterre l'existence d'un pouvoir judiciaire a été l'extrême concentration de la justice, réalisée dans les Cours supérieures* »². La concentration de l'exercice d'un contrôle de conventionnalité entre les mains d'un seul organe, ou un petit nombre d'organes, est ainsi nécessairement un gage de stabilité s'agissant du contrôle de conventionnalité des lois, qu'il concerne son application ou son contenu. C'est d'ailleurs l'option qui a été choisie lors de la création de la question prioritaire de constitutionnalité. Aurait-il été si illogique de confier le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois aux juges judiciaire et administratif, dans la mesure où ils exerçaient déjà un contrôle similaire au regard des sources conventionnelles ? D'autant que la constitutionnalité des actes administratifs³ était déjà contrôlée tant par les juges administratifs que judiciaires, si bien qu'il n'aurait été complété que par le contrôle de constitutionnalité des lois. Une concentration a naturellement été préférée, entre les mains du Conseil constitutionnel. Ce dernier bénéficie, par ce biais, d'une plus grande autorité décisionnelle.

¹ Bien qu'en ce qui concerne l'ordre administratif le risque puisse être minimisé par un faible de nombre de cours d'appel qui sont chargées d'un tel contrôle.

² R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2016, p. 301. Les auteurs soulignent toutefois que cette concentration a ensuite été tempérée.

³ V. sur ce point, M. VERPEAUX, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs : compétence juridictionnelle », *Répertoire du contentieux administratif*, p.36 et suiv.

382. La nécessité d'une autorité juridictionnelle. Qu'il s'agisse du droit anglais ou du droit américain, il a pu être observé que dans tous ces cas, la charge de fixer le précédent était confiée à des juridictions tantôt uniques, qui sont de véritables Cours suprêmes, tantôt peu nombreuses mais pouvant se doter de formations solennelles. On a pu l'observer notamment en droit indien s'agissant des revirements de jurisprudence, qui sont opérés par des Hautes cours qui composent une formation spécialement dédiée pour teinter leur décision d'une forte solennité. Malheureusement, en France, que ce soit en première instance ou en appel, les juridictions n'ont pas l'autorité politique ou démocratique, ni le prestige qu'elles pourraient avoir comparativement à ces juridictions étrangères. L'aura d'un juge de premier degré, en France, réside davantage dans sa capacité à trancher un litige en appliquant la règle de droit, qu'en étant en capacité d'écarter la norme en jugeant que son contenu ou son application sont contraires à un droit fondamental d'origine conventionnelle. Or, l'instauration d'un précédent relève de la création d'une règle de droit, stable, uniformément appliquée par la suite par les juridictions soumises à l'autorité de la Cour créatrice. Le lien entre le politique et le judiciaire, dans cet esprit, est ainsi relativement ténu. Le Professeur américain Robert McCLOSKEY évoque d'ailleurs, à propos de la logique qui irrigue les États-Unis, que « *ce qui est passionnant dans la Cour suprême, c'est qu'elle réussisse de façon complexe une fonction judiciaire classique et une fonction politique. Son pouvoir est justifié par le fait que le mélange demeure bien équilibré, de même que les bornes qui lui sont imposées sont justifiées par la nécessité absolue de maintenir ce bon équilibre. L'ascendant qu'exerce la Cour sur l'esprit des américains prend racine dans le mythe d'un tribunal impartial et prudent, commis au maintien de la continuité des liens entre le peuple américain et la loi fondamentale* »¹. On le perçoit, le juge de premier degré ne bénéficie aucunement d'une telle légitimité, alors qu'on lui confère pourtant le pouvoir d'écarter une norme juridique dont il estime le contenu ou l'application à l'affaire qui lui est soumise incompatible à un droit d'origine conventionnelle. La dissonance avec le Conseil constitutionnel est ainsi frappante : ce dernier est composé de seulement 9 membres², le plus souvent issus du monde politique. Qu'il s'agisse de son actuel Président, nommé par le Président de la République, Laurent Fabius³, ou encore de ses autres membres,

¹ R. McCLOSKEY, *La cour suprême des États-Unis*, Vent d'ouest, 1965, p.36.

² Sans compter les membres de droit, même si du point de vue du propos actuellement, la légitimité politique des anciens Présidents de la République, élus au suffrage universel direct, n'est pas à nier totalement.

³ En plus de nombreux mandats électifs locaux, il avait été député, président de groupe à l'Assemblée nationale, Président de l'Assemblée nationale, député européen, Ministre délégué ou Ministre dans divers ministères, dont celui de l'économie, des finances et de la justice, ou des affaires étrangères, et même Premier ministre. Sa légitimité politique n'est donc guère à démontrer pour présider un organe chargé de contrôler la loi au regard des droits d'origine constitutionnelle.

ils tirent pour la plupart leur légitimité de mandats électifs locaux ou nationaux, de fonctions ministérielles, de leurs compétences techniques de haut niveau¹. Leur légitimité découle aussi de leur désignation, puisqu'ils sont tous désignés par les plus hauts représentants élus de la République, à savoir les Présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale. Le Conseil tire aussi sa légitimité de son pouvoir de contrôle électoral, la symbolique étant marquée par la cérémonie d'investiture du Président de la République. Il adopte aussi une réelle stratégie de communication très active depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, qui témoigne d'une volonté de se faire connaître des justiciables, en vue d'installer durablement sa légitimité. D'ailleurs, certaines audiences en QPC sont filmées et rediffusées², ce qui est peu commun au vu de la tradition française en matière de justice, et tranche considérablement avec ce qui pourrait prévaloir devant un juge du fond.

383. Le manque de visibilité des décisions des juges du fond. Qu'il s'agisse d'un contrôle du contenu de la norme ou de son application, il est primordial que les décisions rendues, en ce qu'elles peuvent conduire à écarter la norme de manière générale ou seulement au litige soumis au juge, soient suffisamment visibles. En effet, dans la logique de l'utilisation de la technique du précédent déjà évoquée, pour fonder au mieux les décisions en la matière, il est indispensable que le juge du fond, qu'il soit de premier degré ou du second, puisse accéder tant aux décisions de ses homologues qu'à celles des juridictions inférieures ou supérieures. Le Conseil constitutionnel met par exemple clairement en valeur ses décisions, voire même fait œuvre de vulgarisation à destination du grand public³. Outre le fait de participer à la visibilité de ses décisions, cela lui permet d'asseoir son image de garant de la protection des droits fondamentaux du justiciable. La Cour de cassation fait de même, s'agissant des avis rendus, en leur dédiant une rubrique spécifique. Toutefois, aucun espace n'est réservé spécifiquement au contrôle de la compatibilité des lois aux droits d'origine conventionnelle, alors même qu'un espace est dédié au traitement des QPC⁴. La différence de traitement est d'autant plus paradoxale puisque du point de vue des effets des contrôles, lorsque l'inconventionnalité du contenu du texte est prononcée, la communication la plus large possible est nécessaire dans la

¹ En 2022, qu'il s'agisse de Michel PINAUT, Corine LUQUIENS, François PILLET, Alain JUPPÉ, Jacqueline GOURAULT, François SENERS, ou encore Véronique MALBEC, tous ont occupé tantôt des fonctions électives, tantôt des postes au sein de ministères, d'autorités administratives, voire aussi des fonctions judiciaires de haut niveau pour cette dernière. Le Conseil constitutionnel met d'ailleurs clairement en valeur le parcours de chacun d'entre eux, pour explicitement témoigner de leur compétence et de leur légitimité à occuper un tel poste.

² V. en la matière le site internet du Conseil constitutionnel, qui est une véritable vitrine de l'institution. En la matière, la Cour de cassation et le Conseil d'État font montre d'une communication similaire.

³ V. les cinq « QPC emblématiques » expliquées dans de courtes vidéos, site internet du Conseil constitutionnel.

⁴ Il en est d'ailleurs de même sur le site internet du Conseil d'État.

mesure où le texte demeure¹. S'agissant des juges du fond, il est bien évident que tout contrôle de conventionnalité ne saurait faire aussi aisément l'objet d'une telle publicité.

384. Le déficit de compétence des juges du fond. Là encore, bien que la formulation soit un peu datée, les propos de PORTALIS font sens lorsqu'il évoque le pouvoir que pourraient avoir les juges du fond vis-à-vis de la norme législative. Il soutient ainsi qu'« *un tribunal n'est pas dans une région assez haute pour délibérer des règlements et des lois. Il serait circonscrit dans ses vues comme il l'est dans son territoire ; et ses méprises ou ses erreurs pourraient être funestes au bien public* ». Ce qui vaut pour l'interprétation des textes vaut aussi pour leur contrôle. S'agissant de notre étude, comme le souligne le Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA, « *vu sous le seul angle de la protection des droits fondamentaux, le contrôle de conventionnalité est un outil puissant et tranchant que les juridictions ordinaires manient avec un mélange d'intrépidité et de timidité. Les juridictions ordinaires sont tiraillées entre leur pouvoir considérable à l'encontre de la loi et leur égard séculaire vis-à-vis de celle-ci. [...] [Elles] n'hésitent pas, en effet, à déclarer l'incompatibilité des lois de validation avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme, et notamment la Convention européenne des droits de l'homme. Que cette audace soit justifiée ou non selon les espèces, l'insécurité juridique qu'elle véhicule est là. Dans d'autres cas, la timidité des juridictions ordinaires, disons leur prudence, contraste avec ces coups d'éclats. [...] On connaît aussi la volonté d'interpréter la loi de façon à la rendre compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme... Alors que l'on sait qu'elle méconnaît celle-ci* »². Nous partageons pleinement cette analyse, qui s'applique *a fortiori* aux juges du fond. Non pas qu'il ne faille pas confier le contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application au juge de premier degré. Il convient toutefois, *a minima*, de lui confier des outils qui l'aideront à se saisir de ce plein contrôle, à l'organe juridictionnel le plus à même de mener une telle tâche. De surcroît, comme le souligne le rapport « Cour de cassation horizon 2030 », « *les juges du fond sont en difficulté face à l'extrême complexité du droit, sans que la question qu'ils ont à traiter soit nouvelle. Ils sont alors confrontés à deux obstacles : d'une part, la jurisprudence de la Cour de cassation est si riche qu'il est parfois difficile de déterminer les arrêts pertinents ; d'autre part, peu de juridictions peuvent aujourd'hui réunir et entretenir une documentation*

¹ Alors qu'il disparaît en matière de contrôle de constitutionnalité.

² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* 2002, p.124

suffisante pour permettre de faire un point précis sur les multiples matières juridiques entrant dans la compétence de l'ordre judiciaire »¹. Dans cette mesure, l'idée de la saisine pour avis est intéressante, puisqu'elle remplit pleinement cet objectif². Elle est d'autant plus intéressante à l'aune des insuffisances identifiables s'agissant du contrôle de la compatibilité de l'application de la loi, dans lequel la Cour de cassation semble se cantonner à un simple contrôle des motifs.

B/ Les insuffisances d'un cantonnement au contrôle de l'existence du contrôle par la Cour de cassation

385. Une dualité des « contrôles des contrôles » de la loi. Cela vient d'être mentionné au titre de la difficulté pour la Cour de créer les précédents, une scission des « contrôles des contrôles de la loi » peut être constatée. En effet, dans les décisions relatives à l'examen du contrôle de la compatibilité du contenu des lois aux droits d'origine conventionnelle, il ne fait aucun doute que la Cour de cassation joue un rôle de Cour uniformisatrice en l'exerçant elle-même, opérant ainsi un plein contrôle des contrôles exercés par les juges du fond. Une telle position ne peut qu'être saluée du point de vue de la sécurité juridique qu'elle favorise, dans la droite lignée du rôle traditionnel qui était initialement confié au Tribunal de cassation. En revanche, en ce qui concerne le contrôle de l'application des lois, l'étude des décisions qui le pratiquent conduisent à un constat plus nuancé. Si certes les Hauts magistrats exercent un plein contrôle dans l'arrêt du 4 décembre 2013, ils s'abstiennent dans la majorité des affaires postérieures de l'exercer eux-mêmes. Vérifier uniquement l'exercice par les juges du fond du contrôle de proportionnalité *in concreto* dans le cadre du contrôle de la compatibilité de l'application de la loi les cantonnent à un simple contrôle des motifs. La Cour de cassation n'en contrôle ainsi pas la qualité, mais simplement l'existence ou l'absence, la sanctionnant ou non au regard des moyens mobilisés par les parties devant eux³. Un tel positionnement conduit inextricablement à créer une dualité de l'intensité du contrôle pratiqué, qui complexifie son

¹ Rapport de la Commission de réflexion de la Cour de cassation, « Cour de cassation 2030 », juillet 2021, site internet de la Cour de cassation, p.56. Dans cette mesure, une communication accrue entre les juges du fond et la Cour de cassation est recommandée, notamment par l'intermédiaire du Service de la documentation et du rapport (SDER).

² Cela inspire ainsi la proposition formulée à l'issue du travail doctoral, nous renvoyons à l'annexe 1, et aux propositions formulées dès le §417.

³ Parmi les dernières décisions rendues dans lesquelles la Cour de cassation explicite la distinction contrôle du contenu et contrôle de l'application des lois, l'une des plus illustratives du cantonnement de son propre contrôle à l'égard des décisions des juges du fond est celle rendue par la chambre criminelle le 22 septembre 2021 (n°20-80.489), V. particulièrement §15 à §20.

appréhension et génère une insécurité que nous aborderons. Ce cantonnement résulte d'un vœu pieux.

386. Un vœu pieux. La position ambiguë de la Cour de cassation, qui s'astreint, dans la plupart des décisions relatives à la compatibilité de l'application des lois, à un contrôle de l'exercice effectif du contrôle concret de proportionnalité, résulte de sa volonté de respecter l'office qui lui est imposé depuis 1804 par l'article L411-2 du Code de l'organisation judiciaire, qui établit sa compétence traditionnelle en matière de pourvois. Il dispose en effet que « *la Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire* ». La Cour de cassation est donc contrainte de ne pas trancher sur le fond de l'affaire, et ne peut par voie de conséquence pas contrôler pleinement la conventionnalité des lois. Une telle restriction interroge. Est-elle réellement logique du point de vue du respect de normes supranationales, inspirées de pays de *common law* dans lesquels le rôle des Cours suprêmes n'est pas autant cantonné ? La contrainte textuelle exercée, issue d'un héritage révolutionnaire, semble dépassée par les mutations engendrées par le respect des droits fondamentaux. Des évolutions textuelles devraient être envisagées, comme nous le suggérerons *infra*. D'autant que le maintien d'une telle disparité par la Cour de cassation semble peu tenable.

387. Le maintien complexe d'une telle disparité. Si le cantonnement opéré par la Cour de cassation se comprend d'un point de vue textuel, il nous semble difficilement envisageable dans un temps long. En effet, outre la difficulté déjà évoquée s'agissant de la construction des précédents en matière de conventionnalité des lois ou de leur application, les matières sujettes au contrôle de proportionnalité, notamment s'agissant de l'application des lois, concernent souvent de grandes problématiques de société, des normes coercitives voire d'ordre public¹. Par voie de conséquence, l'appréciation du contrôle de proportionnalité qu'en donnera le juge du fond pourrait probablement être sujette à interprétation ou à divergences : même si le contrôle est effectivement exercé, il nous semble peu envisageable que la Cour de cassation ne soit pas

¹ Monsieur CHETARD estime d'ailleurs à juste titre qu'« *en réalité, le pur contrôle des motifs est probablement un vœu pieux. Le simple fait que de grandes problématiques de société puissent être appréhendées dans le cadre du contrôle de proportionnalité signifie que la Cour de cassation sera régulièrement contrainte à s'en saisir directement pour accomplir sa fonction de juge régulateur* », V. G. CHETARD, « Décrocheurs de portraits, état de nécessité et contrôle de proportionnalité : la chambre criminelle recadre le débat », à propos de Crim., 22 septembre 2021, n° 20-80.489, *AJ pénal* 2021, p.533.

tentée dans certains cas d'en faire une appréciation divergente, d'autant plus si des contradictions apparaissent entre différentes Cour d'appel sur des sujets similaires. C'est d'ailleurs probablement cette crainte qui l'a conduite à fermer la voie du contrôle de l'application des lois dans le cas du barème Macron, exclusion dont nous avons contesté le bien fondé¹, et dont nous identifierons les causes². Faudrait-il qu'elle se permette de ne pratiquer elle-même un contrôle lorsqu'elle constate « une erreur manifeste d'appréciation » des juges du fond ? La solution serait envisageable, au travers d'une substitution de motifs ou d'une cassation sans renvoi, même si elle contreviendrait au cantonnement textuel auquel la Cour de cassation est soumise. En l'état actuel des textes, cela pourrait certes, sans être pleinement satisfaisant, régler un certain nombre de difficultés. Elle poserait toutefois la question des contours de la notion, qui serait pourtant un critère de variation de l'intensité de son contrôle difficile à analyser tant son instrumentalisation serait aisée. Ces différentes voies semblent davantage créer des variables supplémentaires dont le contrôle de conventionnalité, déjà suffisamment peu préhensible, pourrait aisément s'affranchir. Il faudrait ainsi la cumuler avec la proposition formulée à l'issue du travail doctoral. La voie de l'avis en conventionnalité, portant tant sur le contenu que sur l'application de la loi, proposée dans cette étude nous semblera ainsi appropriée, en ce qu'elle permettrait d'ouvrir au juge une voie supplémentaire qui lui serait profitable³. D'autant que les risques précités ne sont pas suffisamment atténués par l'uniformisation de la méthode de contrôle.

II. Des risques seulement atténués par une uniformisation de la méthode

388. L'uniformisation de la méthode utilisée par les juges qui pratiquent le contrôle de la loi ne semble pas suffire à atténuer les risques liés au caractère diffus du contrôle exercé, d'autant que des divergences juridictionnelles peuvent être constatées (A). Cela rend nécessaire, *a minima*, la construction d'une base de données spécialement dédiée au contrôle de conventionnalité (B).

¹ V. §119 et suivants de la thèse.

² V. *infra*.

³ Nous renvoyons une nouvelle fois à l'annexe et aux propositions formulées en fin de thèse.

A/ Le constat de divergences juridictionnelles

389. La neutralisation des divergences entre les chambres de la Cour de cassation.

Se questionner sur les risques liés à un contrôle diffus de la loi au regard des droits fondamentaux impose préalablement de considérer qu'ils sont moins palpables en cas de contrôle concentré. L'uniformisation de la méthode utilisée, fruit des réflexions précitées menées à la Cour de cassation, avait précisément pour vocation principale d'éviter les divergences de méthode entre les chambres. D'autant qu'elle juxtapose la structuration du contrôle de conventionnalité¹ à une réflexion plus large qui concerne la communication entre les différents acteurs de la Cour de cassation, en vue de favoriser l'harmonisation des décisions rendues². La répartition des compétences entre les différentes chambres suffira probablement à éviter la plupart des divergences, à partir du moment où la structure décisionnelle est en tous points similaire pour chacune d'entre elles. La possibilité d'opter pour une formation en assemblée plénière, en chambre mixte ou même en formation plénière de chambre peut aussi être de nature à faciliter l'uniformisation et neutraliser la plupart des divergences, comme c'est le cas en matière de contrôle de l'interprétation des lois. D'autant que, cela été observé, tant en ce qui concerne le contrôle du contenu que de l'application des lois, le vocabulaire utilisé et les traductions du contrôle semblent converger. Du point de vue de la Cour de cassation, les risques outils de diminution des risques rassurent, et devraient impliquer de lui confier un rôle central dans le contrôle du contenu de la loi, mais aussi dans celui de son application. Cette affirmation nous semble confirmée par le constat de divergences déjà constatées dans les décisions des juges du fond.

390. Les divergences dans le contrôle du barème Macron. Les dispositions relatives au « barème Macron » ont déjà été évoquées à plusieurs titres³, notamment parce qu'elles ont fait l'objet d'une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui a – nous l'avions critiqué⁴ – très récemment fermé le contrôle de leur application. Il s'agira dans le présent propos

¹ Pour rappel, le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation de 2017 évoquait la construction d'une véritable « doctrine du contrôle de proportionnalité » (V. p.158 et suiv.), ce qui a été confirmé par la création du « *Memento* du contrôle de conventionnalité » précité.

² Le rapport de 2017 insiste sur la nécessité de repenser le rôle des acteurs de la procédure, qu'il s'agisse de renforcer le travail en commun au sein des chambres (p.179), de favoriser la concertation entre les magistrats du siège, du parquet général et du greffe (p.212), ou encore de renforcer le rôle du Service de documentation, des études et du rapport pour en faire un véritable acteur de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation (p.213).

³ Au titre, par exemple, de leur renforcement, V. §248 de la thèse.

⁴ V., à propos de Soc., 11 mai 2022, n°21-14.490, V. §116 de la thèse.

probablement d'identifier les origines de cette restriction du champ du contrôle de la compatibilité de l'application des dispositions du Code du travail, qui résident très probablement dans les risques de divergences d'appréciation qui étaient déjà observables au sein des juridictions prud'hommales. Plusieurs décisions semblent en effet remettre en question non le contenu du texte mais son application à l'espèce.

Dans une décision du 22 juillet 2019, le Conseil de prud'hommes de Grenoble a par exemple considéré que si, certes, le contenu de l'article L1235-3 du Code du travail était compatible avec l'article 10 de la Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement¹, il lui fallait néanmoins écarter l'application du barème « *afin de permettre une réparation adéquate du préjudice de la salariée, conformément aux dispositions* » internationales précitées². La possibilité de contrôler l'application du barème est aussi admise, même sans être mise en œuvre, dans plusieurs décisions de Cours d'appel³. Dans certains cas, des conseils de prud'hommes vont même jusqu'à conférer un effet direct à l'article 24 de la Charte sociale européenne, et estimer que c'est le contenu du barème qui pose problème⁴. Cela témoigne du fait que l'exercice d'un contrôle de conventionnalité, qu'il concerne le contenu ou l'application du texte, doit être concentré d'abord entre les mains de la Cour de cassation, avant de pouvoir faire l'objet d'un contrôle de la part des juges du fond. Si ces divergences ont pu légitimer une volonté d'encadrement de la part de la Cour de cassation, il nous semble que la possibilité pour elle d'exercer un contrôle de la compatibilité tant de l'application que du contenu de la loi avec les droits fondamentaux dans le cadre de la saisine pour avis soit une bonne voie pour parvenir à une certaine uniformisation. Des exemples de divergences peuvent être aussi observés devant le juge administratif.

¹ En citant d'ailleurs l'avis par la Cour de cassation rendu le 17 juillet 2019, n°19-70.010.

² La fourchette haute du barème ne permettait une indemnisation de la salariée qu'à hauteur de 23 000 euros. Or, le préjudice réellement subi, au regard de son ancienneté et de son âge, sa qualification et de ses ambitions professionnelles était estimé à 35 000 euros.

³ V. CA Reims, 25 septembre 2019, n°19/00003 ; CA Caen, 12 décembre 2019, n°18/02368 ; CA Chambéry, 27 juin 2019, n°18/01276. Dans ces décisions toutefois, le contrôle de l'application n'est pas validé dans la seule mesure où il n'avait pas été sollicité ou n'était pas assez caractérisé par le salarié, qui ne se fondait que sur un contrôle du contenu du texte. La Cour d'appel admet toutefois la possibilité d'en contrôler l'application. V. aussi, CA Colmar, 28 janvier 2020, n°19/00218, CA Paris, 3 décembre 2019, n°19/02565 ; CA Paris, 18 septembre 2019, n°17/06676 ; dans lesquelles la possibilité est admise mais où le plafonnement n'a pas pour effet d'atteindre les droits du salarié.

⁴ V., pour une décision rendue bien après l'avis de la Cour de cassation du 17 juillet 2019, CPH Saint-Germain-en-Laye, 21 janvier 2020, n°18/00173. V., pour des décisions rendues presque simultanément, CPH, Le Havre, 10 septembre 2019, n°18/00413 ; CPH Troyes, 29 juillet 2019, n°18/00169 ; CPH Nevers, 26 juillet 2019, n°18/00050. V. enfin, pour une décision antérieure à l'avis, CPH Dijon, 19 mars 2019. Certaines décisions rendues sont d'ailleurs presque politiques, y compris dans leur motivation. Elles seraient toutefois sans aucun doute réformées en appel, sans qu'il ne soit nécessaire de former un pourvoi en cassation.

391. Les divergences dans l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*. Un exemple emblématique, certes issu de la jurisprudence administrative, tend à illustrer les risques de divergences d'appréciation entre les décisions des juges du fond qui doivent pratiquer un contrôle, notamment de l'application de la loi. Deux décisions retiendront notre attention¹, qui illustrent les difficultés d'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez*², dans lesquelles il s'agissait donc de la contestation de l'autorisation d'exportation de gamètes en vue de pratiquer une insémination *post mortem* à l'étranger. Dans les deux cas, la difficulté résidait dans le décès du donneur de gamètes, tout comme dans l'arrêt du 31 mai 2016, et aucun élément d'extranéité n'était identifié. Toutefois, les solutions rendues dans chacune des deux décisions diffèrent, du fait de l'exercice du contrôle de l'application de la loi tel qu'il avait été prescrit par le Conseil d'État, selon une méthode similaire à celle de la Cour de cassation.

Dans la décision du Tribunal administratif de Rennes³, le mari était décédé après avoir pratiqué le don de gamètes, mais la particularité résidait dans le fait que la veuve avait appris qu'elle était enceinte peu après la congélation des gamètes. Elle a toutefois perdu le fœtus *in utero*, peu de temps avant le terme de la grossesse. Ce motif permet au tribunal de considérer que « *le refus qui lui a été opposé [...] porte en l'espèce une atteinte manifestement excessive au droit de la requérante au respect de sa vie privée et familiale, en particulier à son droit et à celui de son époux défunt au respect de leur décision de devenir parents, protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention* » pour ensuite conclure que « *ce faisant, il porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale* ». L'acceptation est fondée sur le fait que les époux « *avaient un projet parental commun* » et qu'était constatée « *l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante dont le souhait est uniquement de mener à terme ce projet dont [son défunt mari] a pouvait légitimement considérer avant son décès qu'il allait aboutir* ».

Dans la décision du Tribunal administratif de Toulouse⁴, rendue deux jours plus tard, l'homme était atteint d'un cancer de l'œsophage, qui avait justifié la conservation personnelle de ses gamètes avant le début d'un traitement qui risquait d'entraîner sa stérilité. Il se marie par la suite avec sa compagne puis, son état s'étant très gravement détérioré, le couple décide de former conjointement une demande d'exportation de gamètes à l'étranger en vue de pratiquer une insémination *post mortem* à l'étranger. La demande est rejetée au motif que la veuve ne

¹ Pour une analyse plus approfondie, V. J. PREVOST-GELLA, « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* », *RFDA* 2017, p.855.

² Pour des détails sur l'affaire, déjà évoquée, V. §106 et suivants de la thèse.

³ TA Rennes, 11 octobre 2016, n°1604451.

⁴ TA Toulouse, 13 octobre 2016, n°1405903.

peut « *établir ni même alléguer qu'elle aurait des liens avec l'un quelconque des pays proposant des inséminations post mortem ou qu'elle formerait le projet de s'y installer* » et qu'ainsi « *son projet d'insémination à l'étranger résulte de la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet d'insémination que la loi française* ».

Il ne fait aucun doute que ces deux situations sont tragiques, et que l'exercice d'un contrôle de l'application des lois présente l'intérêt précité d'éviter une application aveugle de l'interdiction, en vue de la satisfaction de l'idéal de justice précité¹. Le problème réside davantage dans les difficultés d'assurer la prévisibilité de l'inapplication de la règle, dans la mesure où ces deux situations demeurent proches et conduisent à des résultats radicalement différents. Par exemple, l'argument de l'absence d'élément d'extranéité soulevé dans la seconde décision aurait pu tout autant l'être dans la première. Celui de « l'anticipation » du décès, qui tendrait à laisser supposer une fraude, peut en revanche se comprendre davantage : mais est-ce aux juges du fond de définir les critères d'éviction ? Les deux situations diffèrent-elles autant qu'elles justifient des solutions opposées ? La saisine pour avis proposée à l'issue du travail doctoral, dans ces cas, pourrait présenter un réel intérêt, dans la mesure où elle pourrait permettre à la juridiction supérieure de définir les critères à prendre en considération², et d'en faire l'application dans les deux décisions de manière véritablement uniforme³. D'autant qu'une même question relative au contrôle de l'application de la loi, posée simultanément dans plusieurs parties du territoire français, est dans cette mesure loin d'être un cas d'école.

Qu'il s'agisse de la méthode pratiquée par le juge judiciaire, fondée sur le précédent, ou des inconvénients liés à un contrôle diffus, la construction d'une base de données adaptée au contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application des lois aux droits fondamentaux nous semble indispensable.

¹ V. §296 et suivants de la thèse.

² Le Professeur HAFTEL, qui prédisait par ailleurs à juste titre l'absence d'évolution législative sur le sujet, invitait le Conseil d'État à « *circonscrire plus clairement les « circonstances exceptionnelles » justifiant sa mise à l'écart* », B. HAFTEL, « *Autorisation d'une insémination post mortem, une décision de circonstance ?* », *D.* 2016 p.2392.

³ Pour une critique de ces deux décisions, V. J.-R. BINET, « *Assistance médicale à la procréation. Insémination post mortem : d'une injustice à une autre* », *Dr. fam.*, 2016, comm. 267 ; J. HAUSER, « *Procréation médicalement assistée : l'exceptionnalité de la proportionnalité à rude épreuve* », *RTD civ.* 2017 p.114.

B/ La nécessité d'une base de données adaptée au contrôle de conventionnalité

392. Base de données et *open data*. Depuis la loi du 7 octobre 2016¹, « *les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique* »². Outre les différents enjeux qui concernent la vie privée et l'anonymisation des décisions, l'accès massif au profit des justiciables de l'ensemble des décisions de l'ordre judiciaire implique nécessairement une réflexion plus générale sur le traitement des décisions en accès libre, et les risques et bénéfices qu'il engendrerait³. Les craintes liées à la « justice prédictive »⁴, par le développement d'algorithmes⁵ et d'intelligences artificielles sont certes justifiées. Il ne faut cependant pas en occulter les bénéfices : le traitement informatisé peut au contraire être un outil de recherche au profit du plaideur comme du magistrat chargé de rendre sa décision. Du point de vue du contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application des lois, l'outil informatique nous semble indispensable. En effet, l'empirisme, déjà évoqué⁶, des décisions qui concerne le contrôle de conventionnalité est un frein non négligeable à la stabilité juridictionnelle, que la construction d'une base de données performante pourrait atténuer. Partant, l'intelligence artificielle⁷ pourrait permettre le

¹ Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

² Telle est la formulation de l'article L111-13 du Code de l'organisation judiciaire, par ailleurs modifié par l'article 33 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Sur le rôle que doit jouer la Cour de cassation dans l'anonymisation des décisions, et les divers enjeux relatifs à cette question, comme la mise à disposition d'un nouveau moteur de recherche intitulé « judilibre », V. le rapport annuel 2021 de la Cour de cassation, La documentation française, 2022, site internet de la Cour de cassation, p.287 et suiv.

³ Les grands enjeux de la régulation des algorithmes sont d'ailleurs pointés du doigt dans une déclaration commune du vice-président du Conseil d'État, de la présidente du Conseil national des barreaux et du président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, « Open data des décisions de justice : une régulation nécessaire des algorithmes », 6 juillet 2020, site internet du Conseil d'État. Une Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaire a d'ailleurs été développée à l'initiative de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe. V. aussi, L. BALICO, E. BROUDOUX, G. CHARTRON, V. CLAVIER, I. PAILLIART, *L'éthique en contexte info-communicationnel numérique. Déontologie, régulation, algorithme, espace public*, De Boeck Supérieur, 2018 ; ou encore, le rapport « L'*open data* des décisions de justice », présidé par le Professeur Loïc CADIET, Novembre 2017, site internet Vie publique. Pour une approche comparatiste des différents moyens mis en œuvre dans les différents pays européens, V. D. PIANA, « La justice numérique : un panorama européen », *Les cahiers de la justice* 2019, p.257.

⁴ Pour une synthèse des grands enjeux en la matière, V. I. SAYN, « Connaître la production des juridictions ou prédire les décisions de justice ? », *Les cahiers de la justice* 2019, p.229 ; E. BUAT-MÉNARD, « La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes. L'expérience française », *ibid.*, p.269. V. aussi, pour un regard critique, Y. MENECEUR, C. BARBARO, « Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu », *Les cahiers de la justice* 2019, p.277.

⁵ L'enjeu de la transparence des algorithmes d'ailleurs essentiel, mais est confronté aux intérêts de leur propriétaire. Pour une synthèse très intéressante, V. C. TEYSSIER, Ph. ROOSE, D. ADRIANIRINA, *La transparence des algorithmes*, Les convergences du droit et du numérique, 2018. Pour une approche liant algorithmes et psychologie, notamment chez l'enfant, O. HOUDÉ, *L'intelligence humaine n'est pas un algorithme*, Odile Jacob, 2019.

⁶ Nous renvoyons à notre méthode de recherche, qui a été exposée au début du travail de thèse, V. §24 de la thèse.

⁷ Il ne faut toutefois pas occulter le fait que « *les dénominations « intelligence artificielle* », *et, dans une moindre mesure, « apprentissage automatique* » *sont consacrées mais quelque peu malheureuses, car elles induisent dans le grand public aussi bien des attentes extraordinaires que des appréhensions naturelles. Nous retiendrons qu'il*

traitement et recoupement plus rapide de certaines données objectives, en vue de faciliter considérablement la recherche du précédent en conventionnalité. Les données recueillies par l'intermédiaire de logiciels ayant vocation à anticiper l'issue d'un recours, s'ils présentent certes un risque de déshumanisation¹, peuvent toutefois permettre d'identifier plus fidèlement les facteurs de stabilité juridictionnelle, en vue de corriger *a posteriori* les éléments qui sont un frein à la prévisibilité². Notre opinion sur la question demeure que l'outil informatique, lui-même faillible³, peut être un atout décisif au service de l'intelligence humaine⁴, dans une matière dans laquelle les décisions sont profondément dispersées : plutôt qu'un outil de prédiction⁵, il sera ici envisagé comme un outil au service de la recherche du précédent.

393. Point de vue. Il s'agit ici d'éviter au maximum les divergences d'appréciation, et d'en limiter au maximum les effets néfastes. Ce propos vise à se placer du point de vue du praticien, qu'il s'agisse du juge judiciaire ou des parties qui soulèvent un moyen portant tant

s'agit de méthodes certes très puissantes, mais qui ont, évidemment, aussi leurs limites », V. J. LÉVY-VÉHE, « La croisée des savoirs. L'office du juge : un éclairage *via* la modélisation mathématique », *Les cahiers de la justice* 2020, p.741. Pour davantage de développements sur la notion d'intelligence artificielle, les difficultés relatives à sa définition, et ses conséquences diverses, V. J. LASSÈGUE, « L'intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde », *Les cahiers de la justice* 2019, p.205.

¹ Comme le souligne monsieur LASSÈGUE, et nous adhérons pleinement à son propos, « *le domaine juridique se trouve bousculé par l'apparition de nouvelles technologies et les juristes s'interrogent mais aussi s'inquiètent pour l'avenir des métiers de leur profession. Mais qu'ils se rassurent car ils ont aussi un atout : contrairement à de nombreuses autres professions, ils sont habitués aux raisonnements formels et sauront sans doute, mieux que beaucoup d'autres, adopter des technologies nouvelles en vue de continuer à tenter de produire du sens collectif, en l'occurrence le sentiment partagé de la justice* », art. préc.

² Nous l'avions mentionné, l'algorithme a pu permettre de montrer que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme étaient à 79% prévisibles, V. §358 de la thèse, et sur ce sujet, B. BARRAUD, « La croisée des savoirs. Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *Les cahiers de la justice* 2017, p.121.

³ Comme le souligne le docteur LÉVY-VÉHE, « *la modélisation mathématique ne fournit pas des vérités intangibles. Au contraire, comme rappelé ci-dessus, tout modèle est, par nature, « faux », car il n'est qu'une représentation simplifiée de la réalité. En sus de cet aspect, le modèle peut être erroné pour de multiples raisons : les données ont été mal analysées, les hypothèses sur lesquelles il se fonde sont erronées, il est tellement sensible à diverses conditions que la moindre perturbation conduit à des conclusions très différentes, etc. Les mathématiciens se prémunissent contre ces problèmes en utilisant un riche arsenal : dans le cas de modèles probabilistes, démonstration de théorèmes dit « limites » (qui assurent la convergence de la distribution de probabilité estimée vers la distribution réelle quand le nombre de données augmente), étude de la sensibilité du modèle à une variation de ses paramètres, vérification empirique des prédictions. Ainsi, un modèle conçu dans les règles de l'art évitera ce type d'erreurs* », art. préc.

⁴ Sur les différentes utilités de l'IA pour les juges, V. D. REILING, « Quelle place pour l'intelligence artificielle dans le processus de décision d'un juge ? », *Les cahiers de la justice* 2019, p.221.

⁵ Nous rangeons de ce point de vue à l'avis du docteur LÉVY-VÉHE, qui estime que « *l'objectif de cette modélisation peut paraître modeste : en résumé, il s'agit, pour un domaine donné du droit, d'identifier les critères factuels sur lesquels se fondent les magistrats pour rendre leurs décisions, puis de calculer la distribution de probabilités des issues possibles, distribution qui reflète le caractère aléatoire de l'influence des critères ineffables. Il est pourtant crucial de comprendre qu'il n'est ni possible ni souhaitable de tenter d'aller plus loin : ceci signifierait en effet d'introduire dans l'analyse mathématique des aspects humains de la prise de décision, et donc de transférer à une machine la tâche de quantifier une partie des éléments purement aléatoires qui se jouent à l'audience. En d'autres termes, de lui confier une partie de l'office du juge. Ce ne peut être le rôle d'un modèle mathématique* », art. préc.

sur le contrôle de la compatibilité du contenu que de l'application de la loi avec les droits fondamentaux. Le juge se devra donc de répondre aux moyens des parties, fondés parfois sur plusieurs sources de droits fondamentaux, au regard de droits analogues pour chacune de ces sources, voire même de plusieurs droits fondamentaux. Le juge de premier degré, confronté à de tels moyens, comme nous l'avons souligné *supra*, se devrait de vérifier les décisions rendues par ses prédécesseurs, et devrait donc entamer une recherche très minutieuse, qu'il conviendrait de lui faciliter¹. De même pour les plaideurs qui souhaiteraient fonder leur demande de manière suffisamment motivée et avoir connaissance des décisions antérieurement rendues. Par voie de conséquence, pour effectuer une comparaison appropriée, il lui faudrait cumuler un certain nombre de critères, qui découlent de ce qui a été évoqué précédemment. Il faudrait ainsi un système de gestion de base de données simple capable de faire fonctionner un modèle relationnel favorisant un chaînage des décisions. Ce dernier doit être spécifiquement pensé pour la pratique d'une recherche en contrôle de conventionnalité, en vue de faciliter au maximum l'action du juge et du plaideur. L'idée serait d'imposer à tout organe qui rend une décision en la matière d'incorporer lui-même certains éléments dans la base de données². Il s'agirait en réalité du pendant virtuel de l'encadrement de la méthode précitée, dans la mesure où la plupart des critères correspondent à des éléments de la structuration des décisions précitées. S'inspirer du système qui prévaut s'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité serait approprié³. Parmi ces critères, il faudrait *a minima* pouvoir croiser la juridiction qui a rendu la décision, le texte attaqué, la source de droit fondamental en question et ledit droit fondamental, et enfin une distinction contrôle du contenu et de l'application.

394. Une recherche par juridiction. Parmi les critères de sélection qui devront figurer dans la base de données, il est évident, comme dans la plupart d'entre elles, que le critère de choix de la juridiction qui pratique le contrôle, comme référence au contrôle qui sera pratiqué par le juge judiciaire qui devra statuer, est important. La base de données devra donc être en capacité de croiser, en matière de contrôle de conventionnalité, tant les contrôles de la Cour de

¹ Par ailleurs, le développement d'outils de visualisation interactive pourrait aussi présenter un réel intérêt, V., à ce sujet, A. GONZALEZ-AGUILAR, « Visualisation interactive de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Les cahiers de la jurisprudence* 2019, p.243.

² Dans la mesure où elles sont peu nombreuses, le travail ne serait que peu laborieux. Dans le cas contraire, il demeure possible de recourir aux services d'analystes formés rigoureusement à ce type de contentieux spécifique, comme c'est le cas pour les analyses Jurisdata du groupe LexisNexis. La transmission scrupuleuse et généralisée des décisions est toutefois indispensable au bon fonctionnement d'un tel système.

³ Nous renvoyons à la base de données Légifrance, dans la rubrique « recherche avancée » de la jurisprudence constitutionnelle. La base de donnée Judilibre proposée sur le site internet de la Cour de cassation nous semble malheureusement loin d'être satisfaisante, en comparaison.

cassation, du Conseil d'État, de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil constitutionnel que des juges du fond de l'ordre judiciaire. Le juge judiciaire, chargé du contrôle devrait ainsi pouvoir procéder par « ordre de préférence du précédent qui a le plus d'autorité »¹. Il commencera donc nécessairement par rechercher le précédent dans les décisions de la Cour de cassation. À défaut, il observera la juridiction supranationale, qui aurait pu pratiquer un tel contrôle sur la norme de référence qui est invoquée dans son litige. S'il ne trouve pas de résultat, il lui faudra identifier les décisions des juridictions qui auraient pu exercer un contrôle similaire au regard de droits fondamentaux analogues mais de source normative différente, comme le Conseil constitutionnel ou la Cour de justice de l'Union, en ce qui concerne le contrôle du contenu. Si aucune décision ne correspond à ce critère de recherches, il lui faudra ensuite se référer aux décisions des Cours d'appel, et enfin, encore à défaut, à celles rendues par un juge du premier degré. Le travail peut de prime abord être très laborieux, mais une base de données efficace, spécifiquement réfléchie pour cette matière, pourrait permettre de croiser suffisamment de critères, décision par décision, pour parvenir à un résultat plus satisfaisant que ce qui prévaut actuellement. Pour l'incorporation de ce critère dans la base de données, nul besoin d'intelligence humaine, dans la mesure où une intelligence artificielle peut facilement l'identifier. Un autre critère nécessaire est évidemment le texte attaqué.

395. Une recherche par texte attaqué. Un autre critère de sélection est le texte dont la conventionnalité est remise en question. C'est une nouvelle fois un pendant de la méthode utilisée par le juge pour rendre une décision dans laquelle il pratique un contrôle de conventionnalité². En effet, pour rendre sa décision, le juge devra vérifier si d'autres décisions n'ont pas été rendues pour contrôler le texte soumis à son appréciation, que ce soit au regard du droit fondamental invoqué par le requérant, ou d'autres qui lui sont proches, au besoin. Là encore, il faudra faire preuve d'une grande rigueur, mais une intelligence artificielle pourrait faciliter la tâche du magistrat et permettre un traitement accéléré de l'inclusion dans la base de données spécifiquement créée. Là encore, l'intérêt de la motivation détaillée, suivant un canevas uniformément établi et appliqué scrupuleusement, devrait faciliter le processus de traitement informatisé qui en découlerait. Il est évident que le ou les droits fondamentaux de

¹ Nous avons déjà mentionné une telle logique *supra*.V. §374 et suivants de la thèse.

² D'où l'intérêt de confier cette mission au magistrat chargé de traiter le dossier, dans la mesure où il connaît le mieux les éléments de sa propre décision. Le procédé lui prendrait assez peu de temps, sous réserve d'un logiciel efficace, bien pensé et impliquant une certaine rigidité empreinte d'une légère souplesse pour anticiper des cas particuliers.

référence, ainsi que la ou les sources concernées, devraient aussi être un critère de classement. Ensuite, bien évidemment, le critère du droit fondamental de référence est indispensable au bon fonctionnement d'un tel système.

396. Une recherche par droit fondamental. Reflet d'une des étapes du contrôle de conventionnalité, il s'agit ici de faciliter la recherche d'un « précédent » par référence au droit fondamental qui justifierait d'écarter la norme juridique, que ce soit son application ou son contenu qui soit contrôlé. La difficulté est que, bien évidemment, les sources peuvent être multiples et mobilisées simultanément, notamment s'agissant des droits contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme. Permettre une recherche croisée par source, et par droit fondamental, pourrait présenter un réel intérêt. Ainsi, par exemple, lorsque la norme contrôlée est une norme mettant en œuvre le droit de l'Union, le chercheur pourrait sélectionner la juridiction, le texte attaqué, et les droits à mobiliser : il pourrait ainsi avoir une vision directe du sens de la solution donnée dans une précédente décision. Mentionner la marge nationale au sein des décisions présenterait l'intérêt de permettre aussi au juge de reprendre directement l'appréciation contenue dans la décision antérieure, qui elle-même en citait une précédente. Ensuite, un des critères intéressants pourrait être aussi celui du contrôle du contenu ou du contrôle de l'application des lois qui est exercé.

397. Une recherche par contrôle du contenu et de l'application. L'intérêt, c'est assez évident, serait pour le juge d'avoir la possibilité de préciser sa recherche en fonction du type de contrôle qu'il devrait exercer. S'il s'agit seulement du contrôle du contenu du texte, il lui suffirait de ne mentionner que le critère « contrôle du contenu » ou « contrôle de l'application » afin d'avoir une vision directe sur les décisions antérieures ayant déjà traité de la question, au regard des différentes formes qui ont été précédemment identifiées¹. La subtilité est toutefois, comme nous l'avons mentionné, que les décisions dans lesquelles le contrôle de l'application est pratiqué comprennent nécessairement un contrôle du contenu préalable. La juridiction qui devra effectuer un contrôle cantonné au contenu de la norme ne devra donc pas négliger une recherche des décisions dans lesquelles le double contrôle est pratiqué : il n'est en effet pas exclu qu'un brevet de conventionnalité ait déjà été donné dans une telle décision. *A contrario*, lorsque la juridiction devra exercer un contrôle de l'application

¹ Nous renvoyons aux distinctions consacrées dès le §27.

des lois, il lui faudra aussi rechercher les décisions dans lesquelles un contrôle du contenu avait été effectué seul si elle ne parvient pas à identifier une décision dans laquelle le double contrôle avait été effectué. Une recherche par « type de contrôle » est donc intéressante de ce point de vue. Ces divers enjeux et nécessités de développements d'outils au service du juge et des plaideurs illustrent la nécessité d'envisager les voies d'une concentration souple du contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application de la loi.

Section 2 : Les voies d'une concentration souple du double contrôle

398. L'inclusion du contrôle de conventionnalité dans le système juridique français a suscité de nombreuses critiques, qui se justifient en grande partie par le fait qu'il a été confié au juge judiciaire sans que ce dernier n'ait les moyens procéduraux d'en assumer la charge. Ainsi, le moyen tiré de l'inconventionnalité des textes a été traité, procéduralement, de manière identique à un moyen tiré de leur application et de leur interprétation. Or, les paradigmes sont diamétralement opposés : dans un cas, le juge applique la loi comme il le fait traditionnellement depuis deux siècles, tandis que dans l'autre il peut se permettre de s'en écarter, que ce soit parce que son contenu ou son application sont contraires à un droit fondamental. C'est ainsi un conflit radical de compétences qui lui est imposé. Dans ce cas, pourquoi consacrer un contrôle totalement diffus de conventionnalité, qui va à l'encontre de la logique française relative au rôle du juge ? Lors de l'instauration de la Question prioritaire de constitutionnalité, l'option choisie a été de ne confier ce contrôle qu'à une seule institution. Ainsi naît un paradoxe : le contrôle de constitutionnalité, qui conduit à la disparition du texte, est exercé par un seul organe, tandis que le contrôle de conventionnalité, qui conduit quant à lui à l'inapplication parfois générale du texte – et donc à un résultat sensiblement similaire – n'a fait l'objet d'aucune prise en compte procédurale. L'importation d'une logique juridictionnelle issue de pays dans lesquels la jurisprudence est une source normative importante doit ainsi questionner quant à l'opportunité d'en importer en partie aussi les encadrements. L'adoption du contrôle de l'application des lois est un facteur d'amplification de ce paradoxe, qui a justifié les vives critiques déjà exposées. Il est vrai qu'une telle approche implique nécessairement une évolution du rôle de la Cour de cassation. La voie d'un contrôle de conventionnalité davantage concentré serait le meilleur moyen d'y parvenir. Certaines voies d'une concentration seront exclues (I), et nous retiendrons la plus souple, à savoir celle de la saisine pour avis en conventionnalité (II).

I. Les voies exclues

399. Certaines voies intéressantes pouvaient être envisagées, et pouvaient conduire à une concentration du double contrôle de la loi. L'objectif du présent paragraphe est de les mentionner, d'évoquer leurs avantages tout en justifiant leur exclusion. Il s'agira d'abord d'exclure les voies qui auraient impliqué une modification de la répartition entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité (A), pour ensuite exclure la voie d'une question de conventionnalité calquée sur la question prioritaire de constitutionnalité (B).

A/ La modification de la répartition entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité

400. Modifier les clefs de répartition entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité pourrait être la voie d'une meilleure concentration des contrôles. L'une pourrait consister à concentrer les sources des contrôles, par l'admission d'un « contrôle de fondamentalité ». Nous estimerons cette voie, pourtant très intéressante, trop tardive (1). L'autre, tout autant exclue pour d'autres raisons diverses qui seront évoquées, serait une concentration des contrôles du contenu des lois, confié exclusivement au Conseil constitutionnel, et de leur seule application aux juges ordinaires (2).

1/ La voie trop tardive : le contrôle de fondamentalité

401. Intérêt d'instituer un « contrôle de fondamentalité ». L'idée, développée il y a bientôt une vingtaine d'années par le Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA¹, était de confier entre les mains tant du Conseil constitutionnel que des juges ordinaires à la fois le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité. L'avantage majeur d'une telle proposition aurait été d'éviter la complexité déjà existante qui découle de la multiplicité juridictionnelle, qui a conduit à scinder les deux contrôles en les confiant à des organes différenciés. Cette particularité française a pour effet de rendre plus difficilement compréhensible le contrôle des lois au regard des droits fondamentaux, et a impliqué une plus grande complexité par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, comme cela

¹ V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* 2002, p.124. Nous renvoyons à cet article, qui détaille les avantages d'un tel procédé de manière exhaustive, avec conviction et rigueur.

a été montré *supra*. Cela contraint les différents juges à observer les décisions de leurs homologues, et accroît les risques de divergences d'interprétation. Une concentration des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité neutraliserait, sur le plan national du moins, les confrontations entre les sources. S'agissant des interactions avec les juridictions internationales, une telle solution permettrait aussi de favoriser la lisibilité du contrôle français, et impliquerait une analogie plus aisée des sources des droits fondamentaux. En effet, elles pourraient plus facilement être mobilisées simultanément, et leur appréhension par un même juge permettrait d'unifier leur interprétation. Les avantages sont donc réels¹, et limiteraient considérablement les risques de divergences. Toutefois, il apparaît peu probable qu'aujourd'hui une telle voie puisse être envisagée.

402. Les difficultés. D'abord, nous l'avons constaté, il semble que malgré la multiplicité actuelle des sources de droits fondamentaux et des juges chargés d'en assurer le contrôle, un certain équilibre ait été trouvé, et que la cohérence du système de protection des droits fondamentaux soit pour l'instant assurée. Une telle mesure serait assez peu « adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi ». Assez peu adaptée d'abord, dans la mesure où la question prioritaire de constitutionnalité a désormais pris une place centrale dans l'ordre juridique français. L'adoption d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, bien inclus et accepté par les magistrats des ordres administratif et judiciaire², rend la possibilité de concentrer contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité désormais moins utile. Cela impliquerait une nouvelle réforme constitutionnelle, qui serait politiquement peu envisageable, et juridiquement peu souhaitable en l'état actuel du système de protection des droits fondamentaux. En cela, une telle réforme serait disproportionnée au regard de l'objectif de stabilité qu'elle poursuit, déjà en partie atteint. En d'autres termes, si cette réforme avait été envisagée, il aurait fallu opter pour cette voie lorsque la question prioritaire de constitutionnalité a été proposée : désormais, tant le juge constitutionnel qu'ordinaire ont développé compétence et légitimité, et instauré un dialogue constructif qu'il convient d'encourager plutôt que de neutraliser. Thibault LARROUTUROU souligne d'ailleurs, après avoir analysé les droits étrangers dans lesquels le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité sont concentrés entre les mains d'une unique juridiction ou d'un seul ordre juridictionnel, que la simplicité de tels systèmes n'est

¹ Nous renvoyons à la contribution précitée, qui se charge de les énumérer en détail.

² V. LAMANDA, « Le juge judiciaire, juge naturel de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.363.

qu'apparente¹, et qu'ils perdent en souplesse. Il souligne avec justesse que « *la force du contrôle a posteriori de constitutionnalité trouve un parfait complément dans un contrôle de conventionnalité bien plus souple, adapté aux spécificités de chaque litige. La disjonction des contrôles autorise quant à elle le Conseil constitutionnel à tracer un sillon jurisprudentiel dont il a la pleine maîtrise, tandis que la dualité des acteurs impliqués dans le contrôle des lois promulguées permet de ne pas faire reposer dans un unique prétoire une mission de protection des droits et libertés qui s'avère de plus en plus délicate à exercer dans une période de montée des périls* »². Cette exclusion conduit à envisager l'autre voie précédemment évoquée, consistant à consacrer une répartition des contrôles fondée sur la distinction contrôle du contenu/contrôle de l'application.

2/ La voie d'une répartition fondée sur l'objet et les effets des contrôles

403. L'abandon du contrôle de conventionnalité du contenu de la loi par le juge ordinaire. Une autre voie pourrait être envisagée, reposant précisément sur la distinction entre contrôle du contenu de la loi et contrôle de son application. Elle consisterait à confier le contrôle du contenu de la loi au seul juge constitutionnel, tandis que les juges ordinaires seraient en charge du contrôle de la compatibilité de son application. Selon Monsieur Thibaut LARROUTUROU, « *renoncer de manière claire au contrôle de la loi, pour se concentrer sur le seul contrôle de son application, permettrait au juge ordinaire de rendre son action réellement complémentaire de celle de la question de constitutionnalité, en ce que les deux mécanismes interviendraient systématiquement sur des domaines clairement distincts* »³. Le contrôle de conventionnalité cantonné à l'application des lois serait ainsi selon lui mieux ajusté, et clarifierait de surcroît l'office du juge ordinaire⁴, à condition toutefois que le contrôle de l'application des lois puisse être systématiquement exigé, ce qui supposerait l'abandon des restrictions que nous avons précédemment évoquées⁵. Les avantages d'une telle option ne sont pas à négliger, en ce qu'elle préserve une dualité de contrôle tout en simplifiant – en apparence

¹ Th. LARROUTUROU, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, L.G.D.J., 2021, spéc. p.554, et pour davantage de détails, la présentation par Fanny Jacquolot qu'il a annexé à son travail doctoral.

² *Ibid.*, p.554, §820. Dans un sens similaire, B. STIRN, « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme, un même combat ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, spéc. p.749. D. de BÉCHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011/2 (n°137), p.33, spéc. p.40-41.

³ Th. LARROUTUROU, *op. cit.* p.532, §792.

⁴ Sur cet aspect, *ibid.*, p.533 et suiv.

⁵ V. sur ce point §118 et suivants de la thèse.

du moins – les rapports entre juge constitutionnel et juge ordinaire. Toutefois, elle ne saurait être pleinement satisfaisante.

404. L'appauvrissement de la complémentarité des contrôles. Certes, il est indéniable que le contrôle du contenu des lois a, sur le plan conventionnel, perdu la plus grande partie de son intérêt à l'aune de la question prioritaire de constitutionnalité¹. La dualité des deux contrôles du contenu rend le fondement conventionnel presque sans objet dès lors qu'il est précédé d'un contrôle similaire exercé par le Conseil constitutionnel. Toutefois, nous l'avons vu, un réel intérêt est préservé lorsque ce dernier opte pour une modulation des effets de sa décision, tel que cela a été constaté s'agissant de la garde à vue². Dans cette optique, le juge judiciaire peut influencer l'entrée en vigueur anticipée du texte désormais compatible aux droits fondamentaux du justiciable avant l'expiration du délai laissé par son homologue constitutionnel, en exerçant un contrôle postérieur du contenu de la même norme. De surcroît, une pleine protection, tant sur le plan conventionnel que constitutionnel, impliquerait de la part du Conseil d'abandonner partiellement la jurisprudence *IVG*, qui ne semble pas être la voie actuellement empruntée. La solution proposée porte dans cette mesure atteinte à la pleine complémentarité des deux contrôles, au profit, certes, d'une simplification réelle et qui tendait à une certaine harmonie. Favoriser les instruments de dialogue entre les juges constitutionnels et ordinaires nous semble être une solution plus adaptée à la préservation des avantages existants, comme nous l'avons mentionné précédemment³. De surcroît, une telle répartition engendrerait d'autres difficultés, cette fois liées à la nécessité d'encadrer une telle clef d'ajustement.

405. Les difficultés liées au contrôle de la répartition. La première interrogation demeure la source envisagée pour opérer un tel changement de paradigme. La voie idéale pourrait n'être que jurisprudentielle, et ne concerner que les juges ordinaires, qui opéreraient ainsi pour une autolimitation de leur pouvoir de contrôle. Pour les mêmes raisons que celles évoquées s'agissant du contrôle de fondamentalité, cette voie paraît peu envisageable. Nous l'avons vu, malgré l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge judiciaire pratique un contrôle essentiellement centré sur le contenu des normes, dont les formes sont par

¹ La Professeure DEUMIER estime d'ailleurs à juste titre que « *le contrôle de conventionnalité abstrait, tel que les juridictions ordinaires l'exercent depuis la trilogie IVG/Jacques Vabre/Nicolo a perdu une part importante de son utilité avec la question prioritaire de constitutionnalité* », V. P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.* 2016, p.580.

² V. §214 et suivants de la thèse.

³ Cela s'est traduit par la proposition d'une saisine pour avis en constitutionnalité, V. §227 et suivants de la thèse.

ailleurs nombreuses : l'amputer d'une telle partie de son contrôle reviendrait soit à lui retirer, soit à le conduire à amplifier le contrôle de l'application de la loi. Or, ce dernier contrôle n'a vocation qu'à s'exercer, du moins tel qu'il est exercé dans l'arrêt du 4 décembre 2013, que dans de très rares cas : le peu d'exemples dans lesquels il est mobilisé ainsi que les restrictions opérées par les magistrats des deux ordres tendent à confirmer cette hypothèse. Par conséquent, il apparaît assez peu cohérent, d'autant plus au vu des intenses réflexions menées par la Cour de cassation précisément sur la structuration de son contrôle de conventionnalité et de proportionnalité, que cette dernière opte pour une telle voie¹. D'autant que la chambre criminelle – dont on avait examiné la réticence à l'endroit de la priorité d'examen de la QPC – concentre tout autant la majorité du contentieux liée à l'examen de la conventionnalité du contenu des textes, et beaucoup moins s'agissant de leur application. Un tel revirement paraît ainsi peu envisageable, du moins s'agissant du juge judiciaire. Des difficultés liées à la théorie de la loi écran pourraient par ailleurs survenir, notamment en matière constitutionnelle et particulièrement en ce qui concerne le juge administratif². De surcroît, les clefs de répartition se devraient d'être plus rigides, les Hauts magistrats devant rigoureusement censurer les décisions des juges du fond qui pratiquent un contrôle du contenu. Enfin, cela nuirait à la liberté qui profite actuellement aux justiciables dans le choix des moyens qu'ils mobilisent.

406. Une stratégie procédurale cantonnée. Certes, dans la majorité des cas, il semble que depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité, la stratégie procédurale mise en place soit d'opter pour le fondement tant constitutionnel que conventionnel, et que les cas dans lesquels le second est soulevé seul soient ainsi assez rares. Toutefois, il nous semble que la liberté laissée aux parties et leurs conseils doit être préservée³, et qu'une telle voie contraindrait systématiquement le plaideur qui souhaite contester le contenu de la norme à se fonder sur son inconstitutionnalité. Même la censure de la part des juges européens paraît hautement improbable, opter pour une telle voie avec un recul d'à peine plus d'une dizaine d'années sur la question, et un cruel manque de lisibilité du contrôle de conventionnalité qui permet difficilement d'obtenir des données chiffrées d'une grande précision, serait bouleverser

¹ Thibaut LARROUTUROU estime ainsi qu'une telle voie supposerait nécessairement une profonde réflexion, menée conjointement par l'ensemble des acteurs concernés par le contrôle de la loi, tant il s'agit d'un « *potentiel bouleversement d'habitudes contentieuses solidement établies* », *op. cit.*, p.528, §784.

² L'argument est très justement développé par Thibaut LARROUTUROU, *op. cit.* §801. L'auteur conclut que cette difficulté ne pourrait être surmontée que par un abandon pur et simple de la théorie de la loi-écran (§802), au profit d'une justification fondée sur la volonté du constituant de 2008 de ne pas permettre la mise en place de voies de droits parallèles à la question prioritaire de constitutionnalité qui conduirait à laisser une loi inappliquée du fait de son inconstitutionnalité.

³ Sur ce point V. §212 et suivants de la thèse.

un système insuffisamment carencé pour le mériter. L'intensification du dialogue nous paraît être une solution plus appropriée. Elle peut se traduire à la fois par l'encadrement des méthodes et de la motivation des décisions dans lesquelles est exercé un contrôle de conventionnalité, par la construction de base de données ou encore, mais aussi par le recours plus prononcé à la saisine pour avis. Une autre voie aurait pu être envisagée, qui consisterait à calquer le contrôle de conventionnalité sur le contrôle de constitutionnalité, mais elle nous semble trop complexe en raison de l'allongement excessif des délais qu'elle engendrerait.

B/ L'excès de complexité : la question de conventionnalité

407. L'intérêt d'instituer une « question de conventionnalité ». Une voie complexe et qui nécessiterait une intervention importante du législateur, résiderait dans la possibilité de créer une procédure spécifique calquée sur le modèle de la question prioritaire de constitutionnalité. L'objectif serait ainsi de faciliter le traitement réellement différencié de la question de conventionnalité, qui serait posée matériellement, directement par le requérant, à charge pour la juridiction du fond de la transmettre ou non¹. Le moyen de conventionnalité du requérant serait donc réellement indépendant du traitement du litige au fond, ce qui mettrait en valeur la différence de compétence et de rôle donné au juge pour trancher. L'impact sur l'admission du contrôle de conventionnalité serait considérable. Constitutionnellement, il ne s'agirait en réalité que d'une traduction législative de l'article 55, en accord avec la décision *IVG* du Conseil constitutionnel, qui reflèterait la dualité du système juridique français. Un tel agencement serait bénéfique tant du point de vue de la complémentarité entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, que de la lisibilité des décisions à destination des juges nationaux et supranationaux. Sur le plan européen, là encore cela ne présenterait pas de réelle incompatibilité, dans la mesure où si certes le contrôle doit être exercé par le juge national, il n'est aucunement fait mention de la nécessité d'un contrôle diffus. Il n'y aurait donc aucun obstacle constitutionnel ou conventionnel à la création d'un tel procédé, qui ne ferait que traduire l'admission pleine et entière des mutations qui ont découlé de la prise en charge du contrôle de conventionnalité par le juge judiciaire. La Cour de cassation pourrait ainsi, en toute légitimité mais de manière différenciée, remplir le double rôle qui lui est désormais confié. Elle continuerait à être le juge de l'uniformisation de l'interprétation des lois au travers des pourvois en cassation, dans l'esprit qui irrigue notre droit continental depuis deux siècles. Elle assumerait

¹ V. *supra* s'agissant du rôle que jouent les juges du fond en tant que juges du filtre.

pleinement sa fonction de juge chargé du contrôle tant de la compatibilité du contenu de la loi que de son application aux droits fondamentaux contenus dans les traités par le biais des questions de conventionnalité. Toutefois, si de prime abord la solution peut paraître intéressante, la proposition apparaît bien moins réalisable lorsqu'il s'agit de l'articuler avec la question prioritaire de constitutionnalité. Une série d'obstacles se dressent en effet contre l'instauration d'une telle procédure. Certains obstacles étaient pourtant surmontables, notamment en ce qui concernait les conditions de recevabilité (1). Mais ils deviennent plus rédhibitoires lorsqu'il est question des délais et de la lourdeur qu'engendrerait une telle création (2).

1/ L'obstacle surmontable : les conditions de recevabilité

408. Les conditions de recevabilité de la question. Si l'on admettait que deux questions puissent être posées simultanément, l'idéal serait, dans une perspective de cohérence procédurale et en vue de faciliter la tâche des parties qui devraient fonder leur demande sur deux sources de droits fondamentaux distinctes, d'aligner au maximum leurs conditions de mise en œuvre. Les seules différences résulteraient ainsi d'une demande en contrôle concret, qui peut dans certains cas impliquer des conditions spécifiques. En matière de question prioritaire de constitutionnalité, un certain nombre de conditions de recevabilité sont requises, tant d'ordre externe qu'interne¹. Il est donc intéressant de se référer aux articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009. S'agissant des conditions externes, qui entourent la question posée sans y être directement rattachée, en matière constitutionnelle, la question peut être soulevée au cours d'une instance devant « toute juridiction »² qui relève de la Cour de cassation et du Conseil d'État³. La règle pourrait être aussi transposée à la question de conventionnalité, sous réserve de créer un régime commun dans les ordres judiciaire et administratif⁴. Il s'agirait simplement de préciser « toute juridiction de l'ordre judiciaire » afin d'opérer un cantonnement approprié. Seraient ainsi exclus, implicitement, comme en matière de QPC, les arbitres dans la mesure où l'instance

¹ Pour une synthèse, V. J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, « Que sais-je ? », 2014, p.29 et suiv. Pour davantage de détails, V. M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de contentieux administratif*, avril 2019.

² V. l'article 61-1 de la Constitution.

³ V. l'article 23-1 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel telle que modifiée de la loi organique du 10 décembre 2009.

⁴ La question en conventionnalité devrait nécessairement suivre une logique similaire dans les juridictions de l'ordre administratif. Cela impliquerait toutefois une refonte générale du système de protection des droits fondamentaux dans les deux ordres juridictionnels, qui semble d'autant moins réalisable.

arbitrale présente un caractère privé incompatible avec un contrôle des lois¹, ou encore le Tribunal des conflits². La Cour de cassation déclare par ailleurs irrecevable une QPC déposée à l'occasion d'un recours contre une décision du Bureau d'aide juridictionnelle, dans la mesure où « elle n'a pas été posée devant une juridiction ni à l'occasion d'une instance »³. Une telle solution pourrait être aisément transposée à la question de conventionnalité. De plus, il conviendrait aussi de transposer l'interdiction de poser une question devant une Cour d'assises, admise dans la mesure où elle peut être posée non seulement pendant la phase de l'instruction en amont du procès, et qu'elle peut aussi l'être au moment de la déclaration d'appel formulée à l'encontre de la décision⁴. Enfin, si la question de conventionnalité était posée au cours de l'instruction, il conviendrait aussi de transposer la solution consistant à saisir la chambre de l'instruction, qui ferait office de juge du filtre⁵.

409. Ensuite, s'agissant des personnes susceptibles de poser la question en conventionnalité, elle pourrait être logiquement mobilisée par toute partie au procès, y compris par le ministère public lorsqu'il est aussi « partie »⁶.

S'agissant des conditions internes, qui cette fois sont propres à la question elle-même, là encore la mécanique de la QPC peut être inspirante. Contrairement à la question prioritaire de constitutionnalité qui cantonne la norme contrôlée à une « disposition législative »⁷, il est préférable en matière de contrôle de conventionnalité, d'apprécier le terme de contrôle des « lois » le plus largement possible. Cela contribuerait d'ailleurs à renforcer la complémentarité entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. D'autant que le juge judiciaire peut contrôler, contrairement au juge constitutionnel, tant le contenu que l'application des lois de transposition de directives européennes, en ce qu'elles seraient contraires à un droit contenu dans la Charte européenne des droits fondamentaux. Enfin, il serait

¹ Cass. com., 28 juin 2011, n°11-400.30.

² T. conflits, 4 juillet 2011, *Bidaou c/ Ministre du Budget, des comptes publics et de la réforme de l'État*, n°C3803.

³ Civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n°11-40.050. Pour une appréciation similaire devant le Conseil d'État, qui estime qu'il s'agit de « décisions d'administration judiciaire », V. CE, 22 janvier 2003, n°244177.

⁴ Le Conseil constitutionnel ayant validé la disposition de l'article 23-1 alinéa 4 de l'article 23-1 créé par la loi organique de 2009, il ne pourrait que faire de même si la solution était transposée dans la procédure d'avis sur une question de conventionnalité proposée dans cette étude, V. Cons. const., 3 décembre 2010, n°2009-595 DC.

⁵ Comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article 23-1.

⁶ Comme le soulignent les Professeurs BONNET et GAHDOUN, « dans ce cas, il peut évidemment soulever une QPC. En théorie... Car en pratique, il est bien certain que le ministère public, chargé de requérir l'application de la loi, n'a pas vraiment d'intérêt à dénoncer des inconstitutionnalités. Pour l'heure, aucune QPC n'a été posée par le parquet ». Un raisonnement totalement similaire pourrait être appliqué en matière de contrôle de conventionnalité, dans la mesure où il s'agirait d'écarter une loi mais cette fois sur un fondement conventionnel.

⁷ Là encore, V. art. 61-1 de la Constitution. Pour davantage de détails, V. J. BONNET, P.-Y. GAHDOUN, *op. cit.*, p.38 et suiv.

aussi nécessaire, tout comme en matière de QPC¹, d'établir un écrit distinct et motivé en tant que condition de recevabilité de la question de conventionnalité. Cela impliquerait ainsi pour les parties de fonder en profondeur les moyens tirés de l'inconventionnalité du texte applicable à leur affaire.

410. Il s'agirait, tout comme en matière de question prioritaire de constitutionnalité, de produire un véritable mémoire séparé des autres écrits, dans lequel figurerait en réalité les différentes étapes du contrôle de conventionnalité qui est exercé par le juge, suivant la méthode explicitée par les travaux effectués par la Cour de cassation et des observations évoquées *supra*. Comme c'est le cas tant en droit positif, il serait nécessaire pour les parties de détailler leur demande². Ainsi, distinguer très clairement, et matériellement, la demande fondée sur un contrôle du contenu de celle fondée sur un contrôle de l'application, pourrait être aussi une condition de recevabilité de la question. Sur le modèle de la question prioritaire de constitutionnalité, il serait aussi intéressant d'imposer que le mémoire porte formellement la mention « demande d'avis sur une question de conventionnalité »³. Ces mesures d'ordre purement formel contribueraient à améliorer considérablement la qualité des recours fondés sur l'inconventionnalité d'un texte, et accentueraient le caractère symbolique et autonome de sa transmission à la Cour d'appel puis à la Cour de cassation. Toutefois, deux mémoires produits, l'un en QPC, l'autre en question de conventionnalité, alourdiraient le traitement du dossier. Ces différentes conditions de forme exposées, à titre de recevabilité, la question de conventionnalité aurait pu aussi être filtrée dans l'esprit des critères de transmission qui prévalent en matière de QPC.

411. La question du filtrage. On se référera à l'article 23-2⁴ de l'ordonnance de 1958, qui impose plusieurs autres conditions. D'abord, que les dispositions contestées soient

¹ V. l'article 21-3 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, et V. le décret n°2010-148 du 16 février 2010.

² La Cour de cassation, nous l'avons mentionné, exige que les parties motivent suffisamment leur demandes (V. §51 de la thèse). C'est aussi le cas dans le cadre d'une QPC, où la Cour exige par exemple que soit cité un article précis de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, V. Crim., 14 décembre 2010, n°10-90.11.

³ Et, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient.

⁴ Nous rappelons : « *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :*

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

applicables au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites. Cette exigence pourrait bien évidemment être transposée à une question de conventionnalité, surtout quand elle porte sur une demande de contrôle du contenu de la norme¹. Ensuite, la question devrait être nouvelle. Dans ces cas, il faudrait distinguer en fonction des deux types de contrôles pratiqués. Dans le cadre d'un contrôle du contenu, il serait nécessaire que la norme n'ait pas été contrôlée préalablement. Dans ces cas, seul un changement de circonstances, apprécié dans l'esprit de celui pratiqué en matière de QPC, permettrait un nouvel examen. Un tel changement de circonstances serait toutefois apprécié différemment en matière de contrôle de l'application du texte. En effet, dans ces cas, la logique des pays de *common law* serait la plus prégnante : c'est l'identification d'une simple différence de circonstance factuelle, propre au litige en question, qui pourrait justifier le caractère nouveau de la question. Par exemple, pour reprendre les circonstances de l'arrêt du 4 décembre 2013, il suffirait que le mariage ait duré 21 ans² pour considérer que la question en contrôle de l'application de la loi soit nouvelle. Le caractère nouveau devrait ainsi être apprécié très souplesse. Cette souplesse pourrait ensuite être compensée par le caractère sérieux de la question. Cette exigence permettrait au juge du filtre d'évacuer assez aisément les questions en conventionnalité dilatoires, et lui conférerait un pouvoir d'appréciation assez large. Il conviendrait toutefois de ne pas tomber dans l'excès inverse, dans l'esprit de la chambre criminelle que l'on avait pu évoquer, qui avait usé massivement de ce critère pour écarter la transmission des questions.

412. En réalité, le seul examen d'un doublon « question prioritaire de constitutionnalité » et « question en conventionnalité » est source d'interrogation sur la réelle utilité d'une distinction, et renverrait à la proposition d'un contrôle de fondamentalité, que l'on avait déjà écartée. De surcroît, si de telles conditions sont réalisables juridiquement, la lourdeur qu'elles engendrent ne compensent pas les bienfaits qu'elles procurent. La question des délais caractérise d'autant plus la complexité d'une telle proposition, et la rend d'autant moins attrayante.

En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige ».

¹ S'agissant du contrôle de son application, c'est-à-dire d'un contrôle *in concreto*, cette condition lui est intrinsèque.

² Il avait, pour rappel, duré 22 ans dans la décision en question.

413. Le délai pour déposer la question. La temporalité, si la concentration du contrôle de conventionnalité devait être opérés par le biais d'une « question en conventionnalité », est l'obstacle majeur qui pourrait être opposé. Il nous faut raisonner en la matière au regard de la situation qui serait susceptible d'affecter le plus profondément l'allongement des délais, c'est-à-dire celle dans laquelle une question prioritaire de constitutionnalité serait posée conjointement à une question en conventionnalité. Là encore, il convient d'examiner les dispositions applicables en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, afin d'établir les aménagements possibles en la matière. Le dépôt d'une question prioritaire de constitutionnalité n'est ainsi soumis à aucun délai. Les parties peuvent donc, *a priori*, choisir de déposer leur mémoire à n'importe quel moment du procès. Comme le souligne Madame JACQUELOT, « la procédure de la QPC est sous-tendue par une logique temporelle dont les potentialités sont bien plus vastes que celles du procès de droit commun. Or, comme le procès incident de constitutionnalité ne peut se matérialiser qu'au travers d'une instance au principal, celle-ci est depuis constamment confrontée à un problème de synchronisation sur la procédure de la QPC qui tend, de plus en plus souvent, à en élargir les limites temporelles »¹. Cet élargissement peut être ainsi d'abord causé par le dépôt de questions qui seraient posées tardivement par les parties à l'instance². La superposition d'une question prioritaire de constitutionnalité et d'une question en conventionnalité, qui emprunterait un cheminement similaire, transposerait de telles complications. Elles seraient de nature à ralentir la procédure, surtout si une question prioritaire de constitutionnalité était par exemple posée en première instance, et une question en conventionnalité en appel, ou inversement. Faudrait-il donc fermer cette possibilité ? Cela conduirait à imposer un strict alignement des deux questions, qui alourdirait donc la procédure de manière systématique, tout en restreignant la liberté de choix des parties. Un premier obstacle se dresse donc de ce point de vue. D'autant qu'il faut prendre en considération les délais pour rendre la décision de filtrage.

414. Le délai pour rendre la décision de filtrage. Le délai de transmission de la QPC est transmis « sans délai » par la juridiction du fond³ à la Cour de cassation ou au Conseil d'État,

¹ F. JACQUELOT, « La procédure de la QPC », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2013, n°40.

² Notamment lorsqu'elle est déposée après la clôture de l'instruction, V. F. JACQUELOT, art. préc. sur ce point.

³ V. l'article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009.

qui a ensuite trois mois pour la transmettre ou non au Conseil constitutionnel. En cas de superposition, se poserait nécessairement la question d'un éventuel allongement du délai, du moins devant les juges du fond, dans la mesure où ils devraient filtrer les deux questions, même s'il est vrai que leur relative analogie pourrait justifier un maintien du délai actuel. Toutefois, dans la mesure où il s'agirait aussi de statuer sur un contrôle de l'application de la loi et plus seulement de son contenu, en sus de la QPC, la mutation en un « dans les plus brefs délais » serait probablement profitable, mais ralentirait la procédure. Une telle option n'est ainsi pas insurmontable, mais pourrait l'être dans la mesure où des recours existent contre les décisions des juges du filtre.

415. Le délai de recours contre la décision du juge du filtre. En matière de question prioritaire de constitutionnalité, la voie du compromis semble avoir été trouvée. Lorsque la question serait transmise, la décision de transmission serait insusceptible de recours. La transposition d'une telle solution à une éventuelle question en conventionnalité ne poserait aucune difficulté. En revanche, un refus de transmission est susceptible d'appel, mais seulement à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige¹. Là encore, il convient de garder à l'esprit l'hypothèse selon laquelle une question prioritaire de constitutionnalité serait aussi posée, et ainsi d'éviter au maximum toute dissonance qui ne contribuerait qu'à complexifier les deux contrôles. Il serait ainsi logique, comme en la matière, de contester le refus de transmission dans un écrit distinct et motivé. Il est bien évident que le délai suivrait celui du recours contre la décision au fond dont il est question. Encore une fois, qu'en est-il si les questions en constitutionnalité et en conventionnalité sont posées à des degrés différents de l'instance ? Les éventuels refus seraient ainsi à l'origine d'un accroissement du nombre de recours, qui nous semblerait peu profitable.

416. Une procéduralisation excessive des contrôles de la loi. En définitive, il nous faudrait reprendre les propos du Professeur CARCASSONNE qui, avant l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, estimait qu'« *elle est indubitablement logique l'idée qui consiste à plaider pour l'adoption, enfin, de l'exception d'inconstitutionnalité, qui pourrait d'ailleurs offrir l'occasion de créer simultanément, comme une variante à ajouter en option, une exception d'inconventionnalité. C'est intellectuellement facile, politiquement difficile,*

¹ Article 23-2, alinéa 6, de l'ordonnance précitée.

logiquement inutile »¹. L'inconvénient majeur d'une question en conventionnalité, sur le modèle de la question prioritaire de constitutionnalité, est une procéduralisation excessive qui conduirait non seulement à allonger les délais de recours mais aussi à alourdir considérablement les demandes visant à examiner la conventionnalité des lois. Il s'agit donc de plaider pour une voie qui n'est ni trop tardive, qui permettrait de préserver la pleine complémentarité des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité, sans alourdir la procédure excessivement. La voie retenue est par conséquent celle de la saisine pour avis.

II. La voie retenue : « l'avis en conventionnalité »

417. L'inclusion dans une évolution plus large du rôle la Cour de cassation. La saisine pour avis fait l'objet de réflexions récentes² qui s'intègrent dans la lignée de la réforme de la Cour de cassation³. La proposition qui sera évoquée ci-après est certes relative au sujet qui nous occupe, à savoir le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité des lois avec les droits fondamentaux, mais devrait par conséquent être intégrée au regard de réflexions plus larges qui concernent une mutation de son rôle, sans occulter la nécessité de diminuer le nombre de pourvois en cassation⁴. Le présent propos sera consacré essentiellement à l'intérêt que présenterait une telle évolution au regard du sujet de thèse, mais ne peut occulter les évolutions proposées par les différents groupes de travail en dehors de ce cadre. Il s'agit de proposer un dédoublement de la saisine pour avis : il faut donc distinguer « l'avis en interprétation » de « l'avis en conventionnalité », ce qui justifie de s'intéresser aux deux aspects⁵.

¹ V. G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *cah. Cons. const.* 1999, n°7

² Il nous faut ainsi d'ores et déjà mentionner diverses sources, comme le rapport « Assemblée plénière, chambre mixte et avis » rendu le 14 septembre 2021 (disponible sur le site internet de la Cour de cassation), qui permet de fournir un certain nombre d'éléments intéressants. On notera aussi la contribution du premier président CANIVET, « La Cour de cassation au défi de l'innovation », *RTD civ.* 2021, p.331. Enfin, il convient de faire honneur aux propositions formulées par le club des juristes sur le sujet, particulièrement dans le rapport « Sécurité juridique et initiative économique », dont le groupe de travail était présidé par Henri de CASTRIES et Nicolas MOLFESSIS (2015, Mare & Martin, site internet du club des juristes). V., sur ce sujet, N. FRICERO, « L'avenir de la Cour de cassation : la vision originale du club des juristes. À propos du rapport sécurité juridique et initiative économique », *JCP G*, 2015, n°26, 753.

³ Ils ont déjà été mentionnés à plusieurs reprises, V. notamment le rapport de la Commission de réflexion de la Cour de cassation, « Cour de cassation 2030 », juillet 2021 ; ou encore le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation site internet de la Cour de cassation.

⁴ Pour plusieurs analyses en droit comparé sur les voies choisies dans plusieurs États, V. le rapport du club des juristes « La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes », Commission Constitution et institutions, octobre 2014, site internet du club des juristes. V. aussi, pour des données chiffrées, le rapport annuel 2021 de la Cour de cassation.

⁵ Un document est fourni en annexe 1, en vue de guider la lecture et de faciliter la vision d'ensemble proposée dans la thèse.

418. Certes, la solution aurait pu résider dans la saisine pour avis déjà existante. Cette voie serait la seule plus ou moins applicable en l'état actuel du droit positif¹. Il serait toutefois préférable de créer une saisine pour avis, sur le modèle de l'actuelle, spécialement dédiée au contrôle de la conventionnalité des lois. L'objet du propos est d'exposer les intérêts et les vertus de cette dernière proposition. Il s'agit d'être incitatif, en facilitant la possibilité pour le juge du fond d'obtenir l'appréciation de la Cour de cassation lorsqu'une question qui concerne la compatibilité du texte avec un droit fondamental est soulevée, et ce, qu'il s'agisse de contrôler son contenu ou son application. Dans ce dernier cas, la saisine pour avis pourrait ainsi notamment être mobilisée lorsqu'un doute sérieux existe quant à l'admission des moyens fondés sur une éviction générale ou circonstanciée de la norme. Une fois rendu par la Cour de cassation, le juge l'ayant sollicité disposerait ainsi des clefs nécessaires pour trancher le litige après avoir exercé un contrôle de conventionnalité « guidé ». Valoriser textuellement les pouvoirs de contrôle de la loi de la Cour de cassation semble ainsi être la solution idoine. La saisine pour avis est une voie dont on connaît déjà les logiques² et qui pourrait conduire à stabiliser les contrôles, sans tomber dans une rigidité ou complexité excessive. Elle permettrait une atténuation des risques de divergences d'interprétation.

419. Application dans l'ordre administratif. La proposition qui fait l'objet du présent propos découle en partie de la disparité, déjà évoquée³, entre les compétences du Conseil d'État et de la Cour de cassation : le premier peut déjà, tant dans son office d'autorité juridictionnelle supérieure⁴, que dans celui de juge du référé liberté, exercer un contrôle de l'application des lois, tandis que la seconde est davantage contrainte par les textes. L'avis en conventionnalité pourrait tout autant profiter au juge administratif, suivant un raisonnement analogue, dans la mesure où le Conseil d'État peut aussi rendre des avis sollicités par les juges du fond. La proposition sera ainsi essentiellement approfondie en ce qui concerne les modifications textuelles à apporter au sein du Code de l'organisation judiciaire, même s'il faut garder à l'esprit

¹ Nous verrons *infra* à quel point les conditions de l'article L441-1 peuvent être aménagées, même si cela supposerait une réelle volonté pour la Cour de cassation de transcender les textes pour assumer pleinement son rôle. Cela nous semble être une voie difficilement envisageable.

² Pour le détail de la construction « historique » de la saisine pour avis, V. Rapport « Assemblée plénière, chambre mixte et avis », 14 septembre 2021, site internet de la Cour de cassation, p.56.

³ V. §102 de la thèse.

⁴ Contrairement à la Cour de cassation, il statue souverainement sur les recours « dont il est saisi en qualité de juge de premier ressort ou d'appel » (V. l'article L.111-1 du Code de justice administrative). Dans le cadre de cet office, il peut ainsi exercer lui-même un contrôle de l'application des lois, et apprécier en faits, même si ce n'est qu'à titre exceptionnel.

qu'elle pourrait aisément être transposée au sein de l'ordre administratif¹. Cet aspect sera brièvement développé en filigrane au fil des développements et des propositions.

420. Dans la mesure où la voie de l'avis nous semble être la plus appropriée pour encadrer le contrôle de conventionnalité pratiqué par le juge judiciaire, il s'agira d'abord d'en exposer les vertus (A), pour ensuite évoquer ses applications (B).

A/ Les vertus d'un avis en conventionnalité différencié

421. Les vertus évoquées s'agissant du contrôle de conventionnalité valorisé au travers de la saisine pour avis sont en réalité le pendant des critiques précédemment formulées. Une telle pratique permet ainsi de préserver au mieux la stabilité de la norme (1), tout en facilitant considérablement le dialogue juridictionnel (2).

1/ Les vertus sur la stabilité de la loi

422. La diminution des risques de divergences. Les difficultés relatives aux divergences d'appréciation des juges du fond seraient potentiellement diminuées², puisque l'avis rendu par la Cour de cassation pourrait bénéficier au juge du fond qui en est à l'origine, mais pas seulement. En effet, la portée étendue de l'avis constituerait ainsi la forme de précédent que nous appelons de nos vœux³, mais un précédent « à la française », dans la mesure où il ne s'agirait que d'un avis qui ne lierait pas les juges du fond⁴ : son autorité serait donc consentie. La logique du précédent, qui nous semble être adaptée à l'objectif de stabilisation des normes, serait ainsi importée et réadaptée au système juridique français. Il en retirerait les vertus, sans en subir les travers. La saisine pour avis en conventionnalité pourrait permettre, potentiellement et sous réserve d'une réflexion profonde sur le sujet, à la Cour de cassation de répondre simultanément à plusieurs questions relatives à la compatibilité du contenu du texte, et de rationaliser les éventuelles multiples saisines avis fondées sur une même norme, ou sollicitées simultanément dans le cadre d'un pourvoi⁵. La décision rendue aurait ainsi davantage d'autorité

¹ D'autant que les saisines pour avis ont été créées au cours de la même période au sein des deux ordres, l'une par une loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif et l'autre par une loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation.

² V. §389 et suivants de la thèse.

³ V. §359 et suivants de la thèse.

⁴ Nous aborderons bien évidemment plus en détail cette proposition *infra*.

⁵ La question se pose d'ailleurs aussi s'agissant de l'avis en interprétation, et le groupe de travail du rapport a identifié une pratique généralisée de la Cour de cassation à privilégier l'approche contentieuse, ce qui conduit à

et serait plus lisible, d'autant qu'elle aurait vocation à concerner l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire¹. Cela nécessiterait, quel que soit le cas, sa large diffusion². Pour ce faire, il serait toutefois indispensable de mobiliser pleinement la possibilité qui est offerte de mentionner dans l'avis sa publication au Journal officiel de la République française³. S'agissant du contrôle de l'application des lois, là encore, la demande d'avis permettrait à la Cour de cassation de répondre directement en jugeant en faits, selon la méthode du contrôle de proportionnalité qu'elle a déjà établi. Il serait ensuite plus aisé pour les juges du fond de se fonder, avec une base de données performante comme susmentionné, sur les différentes demandes d'avis formulées dans des cas similaires. La mutation du rôle de la Cour de cassation serait ainsi certes consécutive, mais mesurée.

423. Une mutation mesurée du rôle de la Cour de cassation. Il convient de préciser que dans cette mesure, la Cour de cassation ne serait pas pleinement une Cour suprême⁴, du

une décision de non-lieu en ce qui concerne l'avis : cette dernière « cède alors le pas au pourvoi ». Ce constat conduit les rédacteurs à conclure que « selon une perspective plus prospective, il appartiendra aux juridictions judiciaires de concevoir, de façon innovante, et de mettre en œuvre, sous l'égide de la Cour de cassation, à partir de l'identification des questions susceptibles d'en relever, des circuits contentieux, raccourcis, bien articulés entre eux depuis la première instance et jusqu'à la cassation, propres à y apporter, dans un temps raisonnablement bref, par un arrêt pilote, une réponse juridictionnelle. Le groupe de travail insiste sur la nécessité et la relative urgence de mener à bien le « chantier » concerné », V. p.67 du rapport « Assemblée plénière, chambre mixte, avis » précité. Dans la mesure où il y a encore assez peu de recul sur ces questions, nous ne formulerons pas de proposition explicite à ce titre. Toutefois, si elles devaient être intégrées, dans la mesure où la question concerne tant l'avis en interprétation qu'en conventionnalité, elles devraient l'être au titre des dispositions communes aux deux avis selon le modèle proposé *infra*. (V. Annexe 1, Section 1)

¹ V., dans ce sens, le rapport « Assemblée plénière, chambre mixte, avis », p.73.

² Cela s'inscrit dans la logique de réforme tant de la nomenclature des affaires orientées, que de l'évolution des sigles P. B. R. I.. Pour un résumé, et des données chiffrées actualisées, V. le rapport annuel 2021 de la Cour de cassation, La documentation française, 2022, site internet de la Cour de cassation, p.284 et suiv.

³ Elle figure à l'article 1031-6 du Code de procédure civile, et 706-69 du Code de procédure pénale. Nous nous rangeons toutefois à l'avis du groupe de travail qui a participé à la rédaction du rapport et qui estime que « la publication des avis au Journal officiel de la République française devrait être de règle. S'il n'est sans doute pas nécessaire de modifier le texte pour donner à cette publication un caractère obligatoire, l'insertion dans le texte de l'avis de la mention de sa publication au Journal officiel de la République française ne peut qu'être fortement recommandée à titre de bonne pratique ». Aucune proposition de modification ne sera donc émise à ce titre, V. rapport préc., p.74.

⁴ Pour des approfondissements sur la question de la notion de Cour suprême, V. G. DRAGO, « La notion de Cour suprême », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.21 ; X. MAGNON, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont « une juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Propositions de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours*, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre BON, Dalloz, 2014, p.305 ; L. FAVOREU, « Cours suprêmes et cours constitutionnelles », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p.277. V. aussi, P. THÉRY, « Cours suprêmes : essai – manqué – de typologie de définition », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.15, spéc. p.20. L'auteur conclut d'ailleurs sa contribution en mentionnant que « si le rôle des cours suprêmes est de faire le droit, en faisant abstraction des intérêts des parties en présence, sont-elles encore des cours, en dépit de la forme juridictionnelle qu'emprunte leur office ? On suggérerait volontiers une évolution législative : « il est institué un Conseil d'État et une Cour de cassation auprès du corps législatif ». Pour une analyse comparative, V. V. F. FERRAND, « La juridiction suprême en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON,

moins pas telle qu'on la conçoit dans les pays de *common law*, ou plus particulièrement dans le modèle américain. En effet, d'abord, elle demeurerait pleinement le juge de l'interprétation de la règle de droit, comme elle l'est depuis sa création. Son rôle resterait de ce point de vue inchangé, dans la mesure où la proposition émise vise à lui permettre de statuer en faits seulement dans le cadre d'un contrôle de la compatibilité de l'application des lois aux droits fondamentaux, et ce au travers d'un simple avis en conventionnalité. Cette voie ne lui serait pas offerte dans le cadre d'une saisine pour avis « classique » que l'on qualifierait d'avis « en interprétation » de la loi¹. Ainsi, elle se rapprocherait au plus près des formes de Cour suprême de *common law* seulement dans le cadre du contrôle de la conventionnalité de l'application du texte qui fait l'objet de l'avis². Il ne s'agirait donc aucunement d'un troisième degré de juridiction, même s'il ne faut pas non plus nier le pas supplémentaire qui serait franchi vers une forme de « juridictionnalisation » de la Cour de cassation³. S'agissant de la question de l'équilibre des pouvoirs, et du pouvoir que prendrait le juge judiciaire face au législateur, en réalité une telle proposition ne modifierait qu'assez peu le droit positif⁴. L'avis en conventionnalité refléterait l'admission explicite d'une fonction de juge de la conventionnalité qu'elle exerce depuis près d'une cinquantaine d'années. La voie législative permettrait de la légitimer, et de l'encadrer sagement dans un esprit de complémentarité des sources du droit. La Cour de cassation n'en

M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.147, spéc. p. 193 et suiv. pour la distinction du fait et du droit.

¹ C'est d'ailleurs ce qui justifie la proposition de distinguer explicitement dans les textes « l'avis en interprétation » de « l'avis en conventionnalité ».

² Le Professeur Drago souligne d'ailleurs à juste titre que l'identification d'une Cour suprême résulte de la réunion d'un certain nombre de caractères, parmi lesquelles figure l'idée de suprématie. Il estime ainsi que « *la règle de droit posée par la cour suprême l'emporte sur celles posées par les juridictions inférieures et est reconnue comme telle par ces juridictions inférieures. Il s'agit pour la cour suprême de traiter les questions « de principe », qui déterminent l'interprétation de la loi et orientent son application par les juridictions inférieures. Ainsi, la procédure d'avis, devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, en est une illustration* », V. G. DRAGO, « La notion de Cour suprême », loc. cit., p.23. Un autre indice réside selon lui dans la possibilité pour une cour suprême de statuer certes en droit mais aussi en faits (*ibid.*, p.25). En ce sens, il est vrai que notre proposition serait un « indice » supplémentaire, permettant d'identifier la Cour de cassation en tant que cour suprême, mais à la française, dans la mesure où l'appréciation en faits se cantonnerait à la saisine pour avis.

³ Nous faisons bien évidemment référence à la conséquente contribution du Professeur ZENATI-CASTAING, qui mentionnait que « *l'obstacle principal qui s'oppose à ce qu'elle se transforme en une Cour nationale européenne des droits de l'homme réside dans le fait qu'elle n'est pas une juridiction, mais une institution au service du pouvoir législatif. Pour le surmonter, il faut se défaire de la séparation du fait et du droit sur laquelle repose la cassation afin de pouvoir faire de la Cour de cassation une institution de pleine juridiction. L'instrument principal de cette révolution est une pratique volontariste du contrôle européen de proportionnalité, contrôle qui oblige la Cour de cassation à connaître des faits, brisant l'interdit qui fonde son institution. Cet événement a une signification forte sur le plan historique et politique. Il traduit le franchissement d'une nouvelle étape, cette fois-ci décisive, dans un processus très ancien de juridictionnalisation de la cassation. En se convertissant à la méthode de la proportionnalité, la Cour de cassation entend s'acculturer elle-même, c'est-à-dire cesser d'être une Cour de cassation pour devenir, comme les cours européennes, une juridiction* ». V. F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p.511.

⁴ Le Professeur Drago soulignait qu'« *il ne faudrait pas que ces cours suprêmes puissent se transformer en assemblée para-législative, traitant des questions de principe comme le ferait une autorité législative* » (*ibid.*, p.28). Notre modeste proposition ne conduirait pas à de telles extrémités.

retirerait pas un plein pouvoir réglementaire, sur le modèle de l'avis en interprétation¹. L'acceptation politique d'une telle démarche présenterait donc un peu moins de difficultés si un texte devait être proposé, même s'il faut garder la conscience qu'il est un pas important vers une mutation éventuelle plus profonde². L'équilibre serait aussi assuré entre les rôles tenus par les juges du fond et celui de la Cour de cassation.

424. Un juste équilibre des rôles entre juge du fond et Cour de cassation. Comme le souligne la première présidente Chantal ARENS, à propos de la norme législative « *c'est au juge national qu'il appartient, au premier chef, d'en contrôler l'application, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme étant subsidiaire. Or, celle-ci s'inspire notamment du droit de common law en exerçant le contrôle de conventionnalité d'une norme au regard des atteintes qu'elle porte aux droits fondamentaux in abstracto ou in concreto. Cela n'est pas dans notre tradition juridique et il nous a fallu nous adapter à ce nouveau contrôle que nous devons mettre en œuvre. Dans cet exercice, la Cour de cassation se doit d'être un soutien pour les juridictions du fond afin d'harmoniser l'exercice d'un contrôle casuistique qui peut apparaître aléatoire et incertain. Il ne s'agit pas de faire de la Cour de cassation un troisième degré de juridiction qui connaîtrait du fait et non plus seulement du droit, mais d'en faire un guide qui donne les grandes lignes de l'exercice du contrôle de proportionnalité aux juridictions du fond* »³. Ce propos est illustratif de l'intérêt de développer la saisine pour avis, afin de permettre à la Cour de cassation d'agir en véritable « guide »⁴. Guider le juge du fond, c'est

¹ Comme le souligne le Professeur BRENNER, « *on a toutefois pu se demander si la saisine pour avis instituée devant le Conseil d'État puis la Cour de cassation ne réalisait pas un glissement de la mission du juge de cassation en direction de la fonction réglementaire dans la mesure où l'avis donné est exprimé en termes généraux et que figure parmi les conditions de recevabilité de la saisine pour avis l'exigence que la question se pose dans de nombreux litiges. L'analyse n'est pas inexacte, mais elle ne doit pas être exagérée : d'une part, parce que l'avis de la Haute juridiction ne peut être sollicité que par un juge lui-même saisi, dans le cadre d'une instance, de la difficulté de droit, de sorte qu'il s'apparente, en fait sinon en droit, à une forme de raccourci du processus normal de décantation juridictionnelle [...] ; d'autre part, et surtout, parce que l'avis sollicité est dépourvu de toute valeur normative, à tel point qu'il ne lie même pas la juridiction qui en a formulé la demande, de sorte que toute dimension réglementaire lui fait défaut. L'hypothèse relève donc davantage d'une transformation de la mission jurisprudentielle de la Cour de cassation en une fonction doctrinale que du juridictionnel en direction du réglementaire* », V. C. BRENNER, « Les différentes missions du juge de cassation », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *op. cit.*, p.33. Nous adhérons pleinement à l'analyse.

² Cet aspect sera développé *infra*.

³ V. C. ARRENS, « Conclusion », in *Le contrôle de proportionnalité, Revue Justice Actualités*, décembre 2020, n°24, p.138, disponible en libre accès sur le site internet de l'ENM. À noter qu'il s'agit du premier numéro en libre accès, dans la mesure où l'École Nationale de la Magistrature a décidé depuis 2020 d'ouvrir sa revue Justice actualités au grand public, alors qu'elle n'était auparavant destinée qu'aux magistrats. Cette démarche est à saluer, et nous formulons nos plus vifs remerciements à cet égard.

⁴ À ce titre, comme le souligne la professeure RUBI-CAVAGNA, « *groupe de travail sur le contrôle de proportionnalité, publication d'un Mémento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales incluant des trames de décisions, motivation enrichie des arrêts de cassation comprenant une méthodologie pour accompagner les cours d'appel devant*

l'accompagner dans son contrôle de conventionnalité, l'avis étant un vecteur particulièrement approprié à ce titre. La prise en compte de tous les enjeux visés précédemment requiert une prise de hauteur, du temps et une compétence dont il peut difficilement bénéficier. Ainsi, « *la réforme de la Cour de cassation ouvre une ère nouvelle dans les rapports entre la Cour suprême et les juridictions inférieures. Ces rapports seront désormais davantage des rapports de collaboration que de censure* »¹. Le juge du fond « guidé » sera ainsi plus légitime à prendre une décision.

425. La légitimation de la décision rendue par les juges du fond. L'avis rendu par la Cour de cassation, sollicité par le juge du fond lui-même, rendrait sa décision d'autant plus légitime qu'elle suit l'avis de la Haute juridiction de l'ordre judiciaire². Ainsi, le déficit d'autorité évoqué *supra*³ serait lui aussi considérablement amoindri dans la mesure où le juge du premier ou second degré aurait la possibilité de se réfugier derrière l'avis de la Cour de cassation. Ce dernier constituerait ainsi la forme la plus souple de « précédent » que le droit français serait en capacité d'accueillir du fait de son histoire et de sa pratique juridictionnelle, ce qui profiterait considérablement au magistrat chargé au premier chef d'examiner la conventionnalité d'un texte. Il pourrait ainsi fonder explicitement sa décision sur les avis précédemment rendus par la Cour de cassation. Cela suppose que la saisine pour avis soit mobilisée par les juges du fond, afin qu'ils soient à l'initiative, sur un temps assez long, de la constitution d'un véritable corpus d'avis, dépassant donc très largement l'affaire qui en est à l'origine. Avant de parvenir à un tel résultat, qui supposerait plusieurs années de pratique juridictionnelle, il leur faut toutefois composer avec l'existant, dont on a déjà examiné la teneur.

procéder à un contrôle de conventionnalité, commission de suivi du contrôle de proportionnalité... la Cour de cassation et sa Première présidente n'ont pas ménagé leur peine pour impulser le contrôle concret de conventionnalité, harmoniser sa pratique et... convaincre », V. E. RUBI-CAVAGNA, « Décrochage de portraits du président de la République – Leçon aux cours d'appel sur le contrôle concret de conventionnalité », RSC 2022, p.445.

¹ F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p.511.

² Le rapport souligne en effet, s'agissant de l'actuelle demande d'avis, « *que cet instrument, qui participe, à une place éminente, du dialogue des juges, répond au besoin très légitime de disposer au plus tôt d'une interprétation de la loi, tout particulièrement de la loi nouvelle. Plusieurs des universitaires entendus ont insisté sur le fait que le juge était assez démuné à cet égard puisqu'en raison de l'exigence d'indépendance auquel il est soumis, il ne peut solliciter le Parlement ou l'exécutif à cet effet. Seule la Cour de cassation est légitime et en mesure de satisfaire à une telle demande. Ils en tirent la conséquence que la haute juridiction doit se donner pour objectif d'encourager, de stimuler, les demandes d'avis des juridictions du fond auprès de la Cour de cassation et se donner les moyens d'y parvenir* ». V., Rapport « Assemblée plénière, chambre mixte et avis », 14 septembre 2021, site internet de la Cour de cassation, p.66.

³ V. §381, §382, §383 et §384, qui concernent les insuffisances organiques des juges du fond.

426. La juxtaposition de la saisine pour avis à la cassation : une évolution de la motivation des juges du fond. Dans la mesure où la saisine pour avis demeurerait juxtaposée à la cassation, quant à elle cantonnée au « contrôle des motifs », le juge du fond qui exerce un contrôle de proportionnalité devra nécessairement adapter sa motivation pour supporter le pourvoi en cassation¹. Il lui faudrait ainsi suivre les préconisations précédemment évoquées dans le rapport, enrichies des observations formulées quant à l'encadrement de la méthode de contrôle. La visée didactique du travail de réforme de la Cour de cassation concerne ainsi tout autant ses différentes chambres que les juges du fond qui devront exercer un contrôle de proportionnalité². Il appartiendra donc aux juges du fond chargés de statuer sur une demande tendant à exercer un contrôle de conventionnalité de scinder la motivation de leurs décisions : sa dimension « conventionnelle » devrait emprunter les traits d'une méthode européenne détaillée, irriguée par la proportionnalité, et être exposée préalablement, tandis que sa dimension « légaliste » pourrait conserver les traits de la motivation traditionnellement pratiquée. L'avis en conventionnalité, suivi par le juge du fond, pourrait ainsi être mobilisé et permettre d'éviter toute contestation dans le cadre d'un pourvoi. Dans la mesure où, dans la plupart des cas, la loi n'est pas évincée, la méthode « française » demeure et reste celle qui, *in fine*, conduira l'application de la norme jugée conventionnelle. Nous l'avons très largement évoqué, l'immense majorité des décisions conduisent à un tel résultat. Dans cette mesure, la technique de cassation issue de l'héritage révolutionnaire conserve toujours son intérêt historique, et la loi demeure une source centrale. Outre la stabilité de l'éviction de la loi, la saisine pour avis permettrait aussi de stabiliser le dialogue juridictionnel.

2/ Les vertus sur la stabilité du dialogue juridictionnel

427. Un instrument de dialogue. Une telle voie faciliterait aussi l'articulation entre question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. En effet, si deux questions sont évoquées simultanément, la complémentarité précédemment évoquée entre les

¹ Le Professeur ZENATI-CASTAING souligne à juste titre que « *cette nouvelle manière de juger induit une nouvelle manière de motiver. La rédaction des arrêts était, jusqu'à présent, conçue dans la perspective de l'épreuve du pourvoi en cassation, bras séculier de la loi. La motivation formaliste de la tradition française, destinée au contrôle de légalité, passera au second plan. Le changement de paradigme va conduire les juridictions à se défaire du paradigme des lois qu'elles intériorisaient jusqu'à présent avec le syllogisme et à redécouvrir la libre motivation qui fait naturellement partie de leur activité* », *ibid.*

² Le Professeur ZENATI-CASTAING estime en effet que « *la rédaction des arrêts était, jusqu'à présent, conçue dans la perspective de l'épreuve du pourvoi en cassation, bras séculier de la loi. La motivation formaliste de la tradition française, destinée au contrôle de légalité, passera au second plan. Le changement de paradigme va conduire les juridictions à se défaire du paradigme des lois qu'elles intériorisaient jusqu'à présent avec le syllogisme et à redécouvrir la libre motivation qui fait naturellement partie de leur activité* », *ibid.*

deux contrôles s'en trouverait encore davantage renforcée, dans la mesure où le dialogue juridictionnel s'effectuerait plus étroitement entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Dans cet objectif, utiliser le système de l'actuelle saisine pour avis pourrait présenter un réel intérêt, d'autant qu'elle paraît être la plus adaptée à la logique de notre système juridique. On retrouverait ainsi en quelque sorte les bénéfices d'un contrôle de fondamentalité, dans son objectif de cohérence juridictionnelle, sans subir les travers d'une modification radicale de notre système de protection des droits fondamentaux. Nos propositions ne visent en réalité qu'à opérer un ajustement visant à assurer la cohérence et la stabilité d'un tel système, sans le bouleverser. Le dialogue serait aussi favorisé et davantage structuré – nous l'aborderons plus en détail *infra* – avec la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme, et même avec le Conseil d'État. De ce point de vue, instaurer une telle saisine pour avis entrerait en adéquation avec la mouvance actuelle qui tend à les développer, comme en témoigne l'entrée en vigueur du protocole 16, que la France a d'ailleurs été la première à utiliser. Les possibilités de dialogue ne sont toutefois pas un frein à une procédure efficace, certes nécessairement ralentie, mais pas excessivement.

428. La maîtrise du temps judiciaire. L'avantage majeur de l'incorporation d'une saisine pour avis spécifiquement dédiée au contrôle de conventionnalité, que ce dernier porte sur le contenu ou l'application de la loi, est qu'elle est actionnée par le juge judiciaire, et non par le justiciable¹. Par voie de conséquence, il est moins soumis à des conditions inextricables de délais, de filtrage, ou encore de recours contre les décisions des juges du filtre. D'autant qu'un délai de trois mois est imposé à la Cour de cassation pour rendre l'avis² et qu'à défaut de réponse, le juge du fond peut choisir de rendre sa décision³. Le juge du fond peut ainsi choisir ou non de solliciter l'avis s'il l'estime nécessaire, dans la mesure où il ne présenterait aucun caractère obligatoire⁴. Si une question prioritaire de constitutionnalité est actionnée

¹ Pour cette raison, nous ne nous rangeons pas à la proposition n°34 du rapport du club des juristes précité, dans sa dimension « permettre aux parties de solliciter l'avis de la Cour de cassation ». Les plaideurs pourraient, sans cela, inviter le juge du fond à saisir la Cour de cassation pour avis,

² Comme en dispose l'article 1031-3 du Code de procédure civile.

³ L'alinéa 2 de l'article 1031-1 du Code de procédure civile prévoit en effet que le juge du fond « *sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3* ». L'équivalent figure en matière pénale à l'article 706-67 du Code de procédure pénale.

⁴ Il faut toutefois noter que certains plaident en faveur d'une obligation pour le juge du fond de solliciter l'avis. Le premier président CANIVET estime en effet que, pour rendre l'avis utile, « *il pourrait être envisagé d'intégrer ce mécanisme dans le processus contentieux en transformant la demande d'avis en « question préalable d'interprétation », sur le modèle de la question prioritaire de constitutionnalité, qui a désormais fait ses preuves. Ainsi, en cas de difficulté sérieuse d'interprétation de la loi, le juge aurait l'obligation de transmettre la question à la Cour de cassation et il serait lié par la réponse préjudicielle de celle-ci* », V. G. CANIVET, « La Cour de cassation au défi de l'innovation », *RTD civ.* 2021, p.331.

parallèlement à une saisine pour d'avis, la lourdeur qu'aurait engendré une question en conventionnalité est évitée. Les deux mécanismes prendraient des voies procédurales différentes, liées mais moins enchevêtrées. Évidemment, la demande d'avis ralentirait nécessairement la procédure, dans la mesure où la Cour de cassation devrait rendre son avis après que le Conseil constitutionnel ait statué, mais l'encadrement textuel des pratiques le rendent prévisible¹. D'autant que l'objectif est aussi en partie d'éviter un pourvoi ultérieur. Pour les parties, certes, il serait quand même bien évidemment nécessaire d'étoffer les conclusions, avec une argumentation approfondie tant sur le contrôle du contenu que de l'application de la loi. Malgré cela, la lourdeur procédurale imposée par un mémoire distinct, à l'image de la question prioritaire de constitutionnalité, est tout de même évacuée. Les écueils énoncés s'agissant d'une complexification excessive en cas de question de conventionnalité sont donc plutôt évités. De surcroît, la création d'un avis spécialement dédié au contrôle de conventionnalité serait la traduction interne du protocole 15.

429. La traduction interne du Protocole 15. Autre élément en faveur d'une procédure d'avis différenciée, elle permettrait une meilleure structuration du dialogue par l'explicitation de la dualité des rôles qui incombent au juge judiciaire. En effet, distinguer explicitement, au sein des textes, un « avis en interprétation » d'un « avis en conventionnalité », revient pour le droit français à admettre textuellement le pouvoir pour le juge judiciaire de contrôler la loi au regard des droits fondamentaux d'origine conventionnelle. Une telle réforme irait dans le sens d'une forme de « transposition » du protocole 15, entré en vigueur le 1^{er} août 2021. Le moment est donc bien choisi pour opérer un tel changement, qui se tourne pleinement dans le sens d'une intégration en droit français de la possibilité de doter le juge national des moyens nécessaires à la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité au premier chef. Le signal envoyé à la Cour européenne des droits de l'homme par le législateur français serait donc de ce point de vue très positif. Là encore, la volonté de favoriser et structurer le dialogue juridictionnel ne peut que se

¹ Prenons par exemple le cas d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité du contenu du texte à un droit constitutionnel figurant aussi dans la Convention européenne des droits de l'homme. Une demande d'avis pourrait être formulée parallèlement, cette fois par les juges du fond, auprès de la Cour de cassation, portant alternativement ou cumulativement sur un contrôle du contenu et/ou de l'application de la norme. Le Conseil, statuant prioritairement, apporterait une réponse au contrôle du contenu de la loi au regard des droits constitutionnels. Une fois la réponse apportée, la Cour de cassation pourrait ensuite rendre son avis en conventionnalité. En cas de demande de contrôle du contenu, elle se rangerait à la position du Conseil constitutionnel, en vue d'assurer la cohérence du système de protection des droits fondamentaux comme évoqué précédemment. Si un contrôle de l'application de la loi est demandé, elle aurait ensuite la liberté d'écarter ou non le texte du fait de l'incompatibilité de son application à l'espèce à un droit d'origine conventionnelle, et de rendre un avis qui permettrait ensuite aux juges du fond de statuer. Ainsi, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité s'articuleraient de manière harmonieuse.

traduire par une réelle voie procédurale qui le met directement et exclusivement en musique. Cette évolution serait ainsi le fruit d'une lente et mesurée incorporation des logiques européennes de protection des droits fondamentaux.

430. Les fruits d'une lente incorporation des logiques européennes. La solution proposée traduirait le chemin le plus doux vers l'incorporation textuelle du contrôle de conventionnalité utilisé par le juge judiciaire. En effet, nous l'avons établi, le contrôle de conventionnalité s'est intégré de manière progressive depuis 1975 dans l'ordre juridique français, et a fait couler beaucoup d'encre. Tantôt décriée, tantôt accueillie avec bienveillance et vue comme une avancée, cette mécanique et méthode s'est développée en une cinquantaine d'années et fait aujourd'hui l'objet de nombreuses études de la part de tous les organes concernés. Malgré cela, les critiques demeurent, et les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire tentent d'adapter au mieux leurs méthodes pour assimiler cette logique décisionnelle en mutation. Il semble qu'utiliser la voie de l'existant puisse constituer la meilleure incorporation et permettre un consensus le plus large possible. Sans être un séisme politique et juridictionnel, sans être un contrôle totalement diffus ni totalement concentré, sans donner totalement à la Cour de cassation les fonctions d'une Cour suprême, l'adaptation de la procédure d'avis est une voie médiane qui s'inclut au mieux dans notre système juridique. Elle permet de légitimer l'action judiciaire, moderniser le rôle de la Cour de cassation et encadrer le contrôle de conventionnalité exercé sans l'enserrer – voire l'étouffer – dans des procédures trop complexes ou contraignantes. Inévitablement, l'utilisation des méthodes préconisées précédemment¹, mises en valeur dans l'avis rendu par la Cour de cassation, ne pourraient que parachever le processus. L'intégration d'une telle saisine conforterait la complémentarité du contrôle du juge et de l'action législative postérieure. Le débat se cristalliserait bien évidemment autour de la mise en œuvre précise d'une telle proposition, qui sera exposée ci-après.

B/ Les applications

431. Avant d'évoquer la nécessité d'une réforme, il convient d'identifier les applications d'une telle logique qui sont déjà visibles en droit positif, et les difficultés d'utiliser l'existant qui tendent à montrer qu'un changement textuel semble la voie idéale pour entamer un

¹ Nous renvoyons à la table des matières, ces aspects sont identifiables.

changement (1). Une fois évoquées, seront abordés plus précisément les voies d'une réforme visant à créer une véritable saisie pour avis en conventionnalité (2).

1/ L'impossible plein contrôle en droit positif

432. La fermeture actuelle du contrôle de l'application des lois. Cela a déjà été évoqué¹, si la Cour de cassation a admis tardivement sa compétence pour rendre des avis sur la conventionnalité d'un texte, elle les cantonne au contrôle de son contenu. En effet, dans une demande d'avis du 7 mars 2018², la Cour de cassation a exclu la possibilité d'exercer un contrôle de l'application des lois. Pour rappel, les juges du fond avaient demandé à la Cour de cassation si l'impossibilité de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéficiaire du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie pouvait « constituer, au regard des circonstances de fait appréciées concrètement par le juge d'instance, une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au regard du but légitime poursuivi ». La Haute juridiction avait répondu en mentionnant que « la seconde question relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis ». Elle réitère d'ailleurs ensuite cette position dans les avis du 17 juillet 2019³, dans lesquels elle énonce plus clairement que « la comptabilité d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales peut faire l'objet d'une demande d'avis, dès lors que son examen implique un contrôle abstrait ne nécessitant pas d'éléments de fait relevant de l'office du juge du fond ». Ce refus, dont on tentera d'identifier les raisons, nous semble précisément être symptomatique de la nécessité d'opérer un changement textuel.

433. Les raisons du refus. Le refus d'exercer un contrôle de l'application des lois résulte du rôle initial conféré à la Cour de cassation, à savoir uniformiser l'interprétation de la règle de

¹ V. §34 de la thèse.

² Cass. Avis, 7 mars 2018, n°17-70.039. À noter, pour rappel, qu'elle avait porté une appréciation similaire dans un avis du 8 octobre 2007, en estimant que « la demande [...] suppose l'examen des conditions de fait et de droit régissant l'allocation des prestations sollicitées en fonction des circonstances particulières relatives au séjour tant des enfants que de l'allocataire sur le territoire national ; dès lors, la compatibilité d'une disposition de droit interne, dans une telle situation de fait, avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec la Convention internationale des droits de l'enfant relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis prévue par les articles susvisés », V. Cass. avis, 8 octobre 2007, n°07-00.011.

³ Ass. plén., 17 juillet 2019, n°19-70.010 et n°19-70.01.

droit. Par conséquent, cela implique pour elle de se refuser à juger, en principe, en faits¹, en vertu des justifications historiques dont on a précédemment démontré le caractère désuet². Or, en matière de contrôle de l'application des lois, par l'utilisation de la technique de la proportionnalité, elle est nécessairement contrainte de se prononcer en faits, et de ne rendre une décision qui ne s'appliquerait qu'à l'espèce en cause. Une telle démarche va donc à l'encontre du rôle qui lui est conféré dans la saisine pour avis. L'obstacle qui justifie le refus en droit positif est identifié dans l'article L441-1 du Code de l'organisation judiciaire qui, dans le même ordre d'idée que l'article L411-2 précité³, impose qu'il s'agisse d'une « *question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* »⁴.

S'agissant du contrôle du contenu, cela ne pose pas réellement de problème dans la mesure où le contrôle de proportionnalité exercé n'appelle qu'assez peu à statuer en faits, et qu'il a une vocation généraliste. C'est plutôt l'exercice d'un contrôle de l'application des lois qui appellerait une modification du texte, puisque la question ne se pose pas véritablement dans de nombreux litiges, et implique nécessairement de prendre en compte les faits pour y répondre, même par référence à la qualification donnée par les juges du fond. Toutefois, une interprétation très souple de l'article pourrait permettre de contourner l'obstacle, même si la position serait assez peu orthodoxe au regard des quatre conditions imposées par le texte. S'agissant de la nouveauté de la question, un contrôle de l'application de la loi portant sur des faits spécifiques l'engendre nécessairement, dans la mesure où toute situation factuelle implique une part de nouveauté. Ensuite, concernant la condition tenant au caractère sérieux de la difficulté qui se pose au juge, le simple fait qu'il s'agisse d'un contrôle de conventionnalité suffirait à la caractériser, au vu de ses conséquences sur la norme et le litige. Enfin, la question de la compatibilité de l'application du texte pourrait potentiellement se poser dans de nombreux litiges, la diversité des situations de faits impliquant que le problème puisse se représenter.

C'est davantage la condition relative à « une question de droit » qui peut poser question. Il serait possible de considérer que le contrôle d'une norme juridique, même s'il s'agit du contrôle de son application, implique nécessairement une appréciation en droit. Certes, ce sont les

¹ Cet aspect est d'ailleurs souligné au sein du rapport, s'agissant de l'actuel avis.

² V. §273 et suivants de la thèse.

³ Qui n'est qu'un reflet des réticences qui la contraignent à exercer un contrôle des motifs, comme nous l'avions mentionné, V. §386 de la thèse.

⁴ S'agissant du juge administratif, l'article L113- du Code de justice administrative dispose : « *avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'Etat ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai* ». La logique est donc strictement identique à celle qui prévaut devant le juge judiciaire.

circonstances factuelles qui permettent de justifier la mise à l'écart de la norme, mais la présence d'un droit fondamental issu d'un texte international peut être mise en valeur, pour considérer que l'appréciation est en droit et non en faits, en se réfugiant – artificiellement – derrière la hiérarchie des normes. L'article L411-2 ne subirait d'ailleurs pas d'atteinte frontale, puisqu'il ne s'agit pas véritablement d'un pourvoi en cassation, et que la Cour ne tranche pas le litige puisqu'elle ne fait qu'émettre un avis¹. Une telle analyse convainc assez peu, tant elle étire l'esprit des textes. Pour résumer dans cette mesure, en l'état actuel du texte, il serait nécessaire d'en faire une interprétation très – voire trop – souple, pour qu'un avis en conventionnalité portant sur l'application d'un texte puisse être rendu. Il convient de noter que l'assouplissement semble déjà entamé, du moins s'agissant de l'avis en interprétation.

434. Les premiers pas vers un assouplissement. Un paragraphe plutôt discret du rapport « Assemblée plénière, chambre mixte, avis » peut attirer l'attention, et pourrait prendre une dimension bien différente si la réflexion était transposée à saisine pour avis en conventionnalité. Non pas au titre du paragraphe relatif aux « conditions de recevabilité », mais à celui qui définit « le périmètre de l'avis », le rapport énonce : « *au regard de la fonction assignée à l'avis, qui fournit à la Cour l'occasion de préciser l'interprétation de textes, à un moment espéré aussi précoce que possible, le groupe de travail retient qu'il est d'intérêt général que la formation saisie d'une demande d'avis s'efforce d'y répondre dans les termes les plus larges qu'elle implique. Dit autrement, il apparaît hautement souhaitable que la haute juridiction s'affranchisse des strictes limites de la question de droit qui lui est posée aussi souvent que le nécessiteront la cohérence d'ensemble et la clarté didactique de la réponse qu'elle est en mesure d'y apporter. Cette pratique, qui s'avère fréquente dans les formations des chambres appelées à connaître des demandes d'avis, doit être fortement encouragée* »². La voie semble donc déjà ouverte s'agissant du rôle de la Cour de cassation dans l'interprétation des textes, mais elle n'est que jurisprudentielle. Les conséquences plus fortes sur la loi qu'implique le contrôle de son application nous semble toutefois difficilement pouvoir suivre une logique similaire. En effet, comme le souligne le Doyen JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « *l'évolution se fait par la jurisprudence, les révolutions ne se font que par la loi* »³. La

¹ Même si, en réalité, dans la logique du précédent, l'affirmation reste ambiguë.

² V. Rapport « Assemblée plénière, chambre mixte et avis », 14 septembre 2021, site internet de la Cour de cassation, p.73.

³ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « François GÉNY et la jurisprudence française », in *Le centenaire du Doyen François GÉNY*, Recueil des conférences prononcées les 27 et 27 octobre 1962, Dalloz, 1963, p.67, spéc. p.83.

« révolution tranquille à la Cour de cassation »¹, ne saurait ainsi se poursuivre sans intervention législative. Le mieux serait donc d'opérer une réelle modification textuelle pour légitimer l'action judiciaire et l'évolution du rôle des magistrats du quai de l'Horloge.

2/ Proposition : création de la saisine pour avis en conventionnalité

435. La voie exclue : l'intégration dans l'actuelle saisine pour avis. La voie, certes intéressante, qui pourrait aboutir à un résultat similaire, serait de modifier la saisine pour avis existante, pour y intégrer la possibilité pour la Cour de cassation de statuer en faits lorsqu'elle exerce un contrôle de conventionnalité. Il suffirait d'ajouter un deuxième alinéa mentionnant : « elles peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la Cour de cassation sur une question relative au contrôle de la compatibilité du contenu ou de l'application d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales »². Cette proposition permettrait d'ouvrir la possibilité pour la Cour de cassation de contrôler l'application de la loi au regard des traités, mais resterait très discrète. De surcroît, elle ne permettrait pas de distinguer suffisamment, procéduralement, la saisine pour avis classique de celle spécifiquement prévue en matière de contrôle de conventionnalité. L'avancée serait certes considérable, mais se priverait du caractère symbolique précédemment évoqué, indispensable à la visibilité et la solennité requise pour les questions relatives à un contrôle tant de la compatibilité du contenu que de l'application des lois aux droits fondamentaux.

436. La voie idoine : deux avis différenciés. La voie idoine serait plutôt de créer une nouvelle saisine pour avis, spécialement dédiée au contrôle de conventionnalité³. Autrement

¹ Pour citer une nouvelle fois l'emblématique article de Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p.2061. L'observation est tout autant valable auprès de la juridiction administrative, dont le « ferment de révolution tranquille » avait été tout autant identifié par l'un des trois auteurs, V. J.-P. MARGUÉNAUD, « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'Etat », à propos de CE, Ass., 31/05/2016 n°396848, *RTD civ.* 2016, p.802.

² Une telle formule n'est volontairement pas cantonnée à la question du contrôle de la compatibilité de la loi aux droits fondamentaux contenus dans les traités : l'objectif est aussi de permettre que cette nouvelle forme de saisine soit ouverte lorsqu'il s'agit d'une question relative à la compatibilité des normes de transpositions, notamment en droit de l'Union européenne. La mention des droits fondamentaux est donc volontairement exclue, la formulation la plus englobante possible lui étant préférée. Pour une formulation différente, V. le rapport du club des juristes précité, p.156.

³ Cela s'inscrirait d'ailleurs dans le mouvement d'extension constant du domaine de la saisine pour avis. D'abord, en matière pénale, par l'article 26 de la loi organique du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature. Ensuite, s'agissant des conventions et accords collectifs, par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Enfin, la dernière extension, pour rappel, est jurisprudentielle et réside dans la possibilité pour le juge judiciaire d'exercer un contrôle de la compatibilité du contenu de la loi aux dispositions de normes européennes et internationales. Cette solution a été consacrée récemment dans les avis précités.

dit, il s'agirait de matérialiser, formellement, deux saisines pour avis distinctes : l'une « en interprétation », qui supposerait une reprise de l'actuelle saisine pour avis, et l'autre, nouvelle, « en conventionnalité » qui permettrait *implement être placé* à la Cour de cassation de donner un avis sur un contrôle de conventionnalité, dans sa double dimension. Cela impliquerait une modification des dispositions du titre IV du Code de l'organisation judiciaire¹. Il ne s'agirait pas de bouleverser l'essence de la procédure d'avis, mais au contraire de la développer et de l'adapter au contrôle de conventionnalité, tout en tirant les enseignements des carences déjà constatées dans l'existante. Dans cet esprit, diviser le chapitre unique en trois sections distinctes nous paraît être le plus approprié². La première impliquerait de poser des dispositions communes, dans cet esprit d'unité des saisines pour avis.

437. Dispositions communes : l'absence de recours contre la décision de saisine. Il s'agirait par exemple d'intégrer au sein des dispositions communes une première disposition reprenant l'impossibilité de recours contre la décision de saisine pour avis, toujours ouverte dans les deux cas au juge judiciaire³. L'absence de recours est effectivement une garantie de maîtrise du temps procédural⁴, d'autant que, tout comme la saisine pour avis déjà existante, il ne s'agit que d'un dialogue entre juge du fond et Cour de cassation. Elle se justifierait d'autant plus que les juges du fond ne seraient, comme à l'heure actuelle, pas liés par l'avis des magistrats du quai de l'Horloge.

438. Dispositions communes : l'absence de caractère contraignant de l'avis. La question est assez délicate. Dans l'esprit du « précédent », des pays de *common law*, il aurait été préférable de considérer que l'avis en conventionnalité lie les juges du fond⁵. Cette possibilité ne nous semble toutefois pas adaptée. En effet, comme mentionné, une analogie totale avec le droit étranger ne saurait être satisfaisante, d'autant qu'elle dénaturerait la logique

¹ S'agissant de l'ordre administratif, il s'agirait de modifier le Chapitre III du titre 1^{er} du livre 1^{er} de la partie législative du Code de justice administrative. L'actuel intitulé « L'avis sur une question de droit », est d'ailleurs évocateur d'une éventuellement limitation.

² Une telle structure a été exposée en annexe, en vue d'avoir une vision plus claire des propositions qui seront formulées dans les propos qui vont suivre. Chacun des éléments mérite d'être discuté, l'idée est simplement de proposer un axe de réflexion général et de les soumettre plus aisément à la critique, en ayant une vision claire des propositions. Une telle structure pourrait être adaptée aussi au sein de l'ordre administratif.

³ V. ANNEXE 1 : Section 1, article L441-1-1.

⁴ V. §428 cité ci-avant.

⁵ Comme cela a été mentionné (V. aussi au §428 de la thèse, p.472, note de bas de page n°2), le premier président CANIVET propose ainsi une transformation bien plus radicale, en proposant de lier les juges du fond à l'avis rendu, V. G. CANIVET, « La Cour de cassation au défi de l'innovation », *RTD civ.* 2021, p.331.

inhérente à toutes les autres saisines pour avis ou aux questions préjudicielles¹. En effet, la solution la plus probable est que les juridictions du fond suivent naturellement l'avis de la Cour de cassation qu'elles auront sollicité spontanément². Laisser aux juridictions du fond la possibilité de ne pas être liées par la saisine pour avis est aussi une garantie incitative, une ouverture à un dialogue non contraint. Cela permettrait de satisfaire au mieux l'idée selon laquelle la Cour de cassation n'est qu'un « guide » et non une Cour suprême. Cela n'entacherait nullement l'autorité de ses avis, tant au regard du juge du fond qui en est à l'origine que de ses homologues. De plus, permettre une forme de « résistance » demeure un gage de la préservation d'une forme de démocratie judiciaire, dans laquelle le juge du premier degré conserve la possibilité de trancher le litige au premier chef. En cas d'abus, la voie de l'appel resterait ouverte, et permettrait un réexamen au fond de l'affaire, l'avis rendu par la Cour de cassation pouvant tout de même être ensuite suivi par la juridiction d'appel. D'autant qu'en cas de double contrôle de conventionnalité, portant à la fois sur le contenu et l'application de la norme, l'avis pourrait n'être que partiellement suivi. En effet, le juge du fond pourrait par exemple suivre l'avis de la Cour de cassation qui considère que son contenu est conforme à la Convention, et adopter un positionnement différent s'agissant de son application à l'espèce. Cela ne semble être qu'un cas d'école, dans la mesure où dans la plupart des cas l'avis serait suivi, dans l'esprit de celui qui est déjà sollicité lorsqu'il s'agit d'interpréter la norme. L'actuelle lettre de l'article L441-3 du Code de l'organisation judiciaire pourrait donc être préservée et rester inchangée, mais simplement être placée au sein des dispositions communes³. Certaines carences ont toutefois été constatées au sein de l'actuelle procédure d'avis : il s'agit maintenant de les identifier, afin d'éviter qu'elles soient reproduites dans l'avis en conventionnalité.

¹ Cet aspect est d'ailleurs souligné au sein du rapport « assemblée plénière, chambre mixte et avis », V. p.69. Cela traduirait les risques de dérives déjà identifiées dans la thèse de Monsieur CASU, qui soulignait déjà il y a une dizaine d'années, à propos de sa proposition de renvoi préjudiciel en interprétation que « *forgeant l'autorité de la cour suprême, il établit paradoxalement des conditions favorables à l'épanouissement de la répression. Il concourt à l'établissement d'une hiérarchie radicalement opposée à son essence dialogique. A mesure qu'il étend son emprise, le renvoi préalable doit ainsi lutter contre la corruption d'une sanction omnisciente. A mesure qu'il s'enracine, il doit lutter contre sa propre dénaturation* », V. G. CASU, *Le renvoi préalable. Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, thèse dactylographiée, 2013, p.458.

² Le rapport précité mentionne d'ailleurs qu'« *il est à noter qu'il n'existe pas, en l'état, de statistiques disponibles quantifiant les proportions dans lesquelles les avis délivrés par la Cour de cassation sur le fondement des articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire étaient ou non suivis, dans les affaires concernées, par les juridictions qui les avaient sollicités et, plus largement, par les juridictions du fond appelées à en connaître. De façon empirique, néanmoins, il est assez aisément perceptible que les avis sont, dans leur très grande majorité, suivis par les juridictions du fond dans l'affaire qui y donne lieu* », V. p.68.

³ V. ANNEXE 1 : Section 1, article L441-1-2. Pour l'ordre administratif, de telles dispositions seraient bien évidemment à adapter, nous laisserions le soin à des spécialistes du contentieux administratif de régler cette épineuse question, qui l'est tout autant dans l'ordre judiciaire : une uniformité serait toutefois bien évidemment souhaitable.

439. La prise en compte des carences constatées dans l'avis en interprétation : l'assouplissement discret des conditions de saisine. Dans la mesure où la saisine pour avis proposée prend pour modèle l'actuelle, il ne s'agit pas d'en reproduire les carences. Une observation doit être formulée, qui concerne les conditions de recevabilité prévues à l'article L441-1 du Code de l'organisation judiciaire. Si la condition tenant au caractère nouveau de la question posée ne semble pas poser de difficultés, ce n'est en revanche pas le cas de celle tenant au caractère sérieux de la difficulté qu'elle soulève, et au fait qu'elle doive se poser dans de nombreux litiges. S'agissant de la première, le rapport « assemblée plénière, chambre mixte et avis » souligne à juste titre que « *la vérification de cette condition n'est pas à la portée d'une juridiction du fond, à défaut pour celle-ci, qui, de surcroît, traite d'un contentieux circonscrit à son ressort, de disposer des instruments de mesure statistiques propres à l'établir* »¹. Cette affirmation nous semble plutôt justifiée, si bien qu'une formulation plus souple pourrait être envisagée. Comme le souligne le rapport, plutôt que « *se posant dans de nombreux litiges* », une formulation telle que « *susceptible de se poser dans de nombreux litiges* » pourrait permettre de pallier une difficulté qui se reproduirait tout autant si elle était transposée dans l'avis en conventionnalité. Dans cette mesure, il conviendrait de l'assouplir dans les deux saisines. Similairement, s'agissant de la seconde, plutôt que le terme impératif « *présentant une difficulté sérieuse* », la formulation « *de nature à présenter* » une difficulté sérieuse, pourrait être préférée. L'objectif de tels changements serait, pour une telle condition, « *d'être plus clairement comprise et de guider une application qui gagnerait à être plus ouverte, plus libérale* »². Dans les deux cas, l'objectif est d'inciter les juges du fond à solliciter l'avis de la Cour de cassation, si bien que ces deux formulations, sans être supprimées, devraient être assouplies de manière uniforme³, suivant les propositions émises dans le rapport. À noter qu'une proposition est formulée en faveur d'un accompagnement méthodologique de la part du service de la documentation et du rapport. Elle vise à éclairer les juges du fond sur lesdites conditions de recevabilité et est une idée intéressante qui pourrait être aussi mobilisée pour renforcer l'attractivité des saisines pour avis⁴. Il convient ensuite de s'interroger sur l'intérêt de créer une formation de la Cour de cassation spécialement dédiée aux questions relatives à l'avis en conventionnalité.

¹ V. rapport préc., p.71.

² *Ibid.*, p.70.

³ Cela justifiera la formulation pour laquelle nous avons opté dans les articles L441-3-1 et L441-4-1 proposés en annexe.

⁴ *Ibid.*, p.72.

440. L'intérêt de créer une formation de la Cour de cassation spécifique. Cette fois, *a priori*, nul besoin de réel changement textuel, dans la mesure où l'article L441-2 permet déjà une certaine flexibilité à la Cour. En effet, il dispose que « *la chambre compétente de la Cour de cassation se prononce sur la demande d'avis. Lorsque la demande relève normalement des attributions de plusieurs chambres, elle est portée devant une formation mixte pour avis. Lorsque la demande pose une question de principe, elle est portée devant la formation plénière pour avis. La formation mixte et la formation plénière pour avis sont présidées par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le doyen des présidents de chambre* »¹. Là encore, deux voies peuvent être envisagées, dans le même ordre d'idée que les propositions précédentes. La première, qui n'impliquerait pas de changement textuel, serait de laisser, comme actuellement, le soin aux magistrats de juger de ce qui relève de la chambre compétente ou bien de formations plus solennelles. Comme cela a été mentionné, dans la mesure où de réels efforts d'uniformisation des méthodes sont déjà présents dans les travaux de réflexions menés par les magistrats du quai de l'Horloge, la solution peut être conservée sans qu'il n'y ait de réelle atteinte à la stabilité des solutions relatives à l'appréciation de la conventionnalité des textes. La seconde, beaucoup plus ambitieuse et impliquant une modification textuelle, consisterait à créer une formation spécialement chargée de l'avis en conventionnalité. Là encore, l'objectif serait d'ajouter davantage de solennité au contrôle de conventionnalité, en le confiant à des Hauts magistrats spécialisés dans ces questions, en vue de gagner en efficacité, symbolique, et visibilité, tout en assurant une uniformité maîtrisée des avis visant à répondre à des avis en conventionnalité. L'accessibilité de ce type de décisions serait d'ailleurs plus évidente, dans la mesure où toutes les questions relatives à la conventionnalité des textes et de leur application aux différentes espèces seraient rassemblées autour d'une même formation. À charge ensuite, comme cela a été mentionné², de construire une base de données cohérente pour

¹ À noter que ces formations sont détaillées au sein de l'article R441-1 du Code de l'organisation judiciaire, qui dispose que « *La formation mixte pour avis est composée de magistrats appartenant à deux chambres au moins de la Cour désignées par ordonnance du premier président. Elle comprend, outre le premier président, les présidents et doyens des chambres concernées, ainsi qu'un conseiller désigné par le premier président au sein de chacune de ces chambres. En cas d'absence ou d'empêchement de l'un des présidents de chambre, doyens ou conseillers, il est remplacé par un conseiller de la même chambre désigné par le premier président ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le président de chambre qui le remplace.*

La formation plénière pour avis comprend, outre le premier président, les présidents et doyens des chambres et un conseiller par chambre désigné par le premier président. En cas d'absence ou d'empêchement de l'un des présidents de chambre, doyens ou conseillers, il est remplacé par un conseiller désigné par le premier président ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le président de chambre qui le remplace.

La formation plénière pour avis ne peut siéger que si tous les membres qui doivent la composer sont présents ».

² V. §392 et suivants de la thèse.

satisfaire au mieux cet objectif¹. Cela entrerait en concordance avec l'autorité des décisions conférée dans les pays de *common law*, en vue de légitimer et d'imposer plus facilement des formes de « précédents » sur ces questions. Ces derniers seraient d'autant plus lisibles pour les autres juges chargés du contrôle de la loi, qu'il s'agisse des juridictions supranationales, du Conseil constitutionnel, du juge administratif ou encore des juges du fond qui seraient à la fois en charge d'appliquer les précédents et de filtrer les questions posées. Il nous semblerait donc intéressant que cette formation soit systématiquement présidée par le ou la présidente de la chambre concernée, ce qui serait un gage d'uniformité. S'agissant de la composition d'une telle formation, il va de soi que ces réflexions devraient être menées par la Cour de cassation. Il serait bien évidemment nécessaire, comme c'est actuellement le cas dans la saisine pour avis en interprétation, de permettre une composition en chambre mixte pour avis en conventionnalité si la demande relève des attributions de plusieurs chambres. Surtout, et c'est là que résiderait la plus grande différence, une formation plénière pourrait similairement être prévue, mais son recours devrait être davantage flexibilisé. En effet, en matière de contrôle de conventionnalité, les raisons de proposer une plus grande solennité peuvent être diverses, et découler de la complexité qu'implique la plupart du temps la réponse à une telle question. Par exemple, lorsque le contenu du texte est potentiellement incompatible, ou qu'il l'a déjà été déclaré comme tel par la Cour européenne des droits de l'homme, par la Cour de justice ou encore le Conseil constitutionnel. Ou encore lorsqu'il s'agit d'une question qui peut faire l'objet d'un revirement de la part de la Cour de cassation, ou même qui peut potentiellement aussi concerner les magistrats de l'ordre administratif. Une formulation évasive, donnant une certaine liberté de choix au premier président, nous semble ainsi davantage appropriée². Elle pourrait aussi être utilisée lorsque l'avis de la Cour résulterait d'un avis transmis ensuite aux juges européens.

441. L'articulation avec l'avis à la Cour européenne des droits de l'homme. Un aspect très intéressant de la consécration de la saisie pour avis, sur le modèle de l'existante mais spécifiquement dédiée au contrôle de conventionnalité est d'être un véritable instrument de dialogue inter-juridictionnel, et ce à tous les niveaux tant les mécanismes sont interconnectés³.

¹ L'idéal serait une base de données distinguant clairement les cas dans lesquels le contrôle du contenu est exercé seul, des cas où il est couplé avec un contrôle de l'application. Dans la mesure où les conséquences sont différentes, cela semble être le minimum exigé.

² V. ANNEXE 1 : article L441-4-2. V. aussi article L441-2-2.

³ Une telle interconnexion des mécanismes préjudiciels a déjà été démontrée par Monsieur CASU, qui souligne très justement que « *les mécanismes sont liés les uns aux autres, ils sont apparentés. Tous mettent la technique préjudicielle au service de l'uniformisation de l'interprétation des textes juridiques. Le renvoi au Tribunal des conflits et les demandes d'avis aux juridictions suprêmes permettent d'unifier l'interprétation de la loi. Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, la question prioritaire de constitutionnalité et le mécanisme de demande d'avis à*

En effet, il serait ainsi possible et souhaitable, pour la Cour de cassation, de solliciter à son tour l'avis des autres juges chargés du contrôle de la loi, s'agissant de l'avis qu'elle doit elle-même rendre. Ainsi, en cas de doute sur l'avis qu'elle doit formuler, ou encore si elle souhaite la sécurisation préalable de sa décision, elle pourrait transmettre cette demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme¹ lorsque le droit fondamental qui fonde le recours est contenu dans la Convention européenne. Cela permettrait de surcroît de favoriser rapidement la définition de la marge nationale d'appréciation, dont on a déjà montré qu'elle pouvait faire varier l'intensité du contrôle de proportionnalité tant de la Cour européenne que de la Cour de cassation². L'avis rendu dans le cadre de l'affaire *Menesson* est particulièrement illustratif de ces complémentarités³. L'affaire aurait d'ailleurs été probablement plus rapidement réglée si la proposition présentement défendue avait été offerte aux juges du fond⁴, et l'avis sollicité en vertu du protocole 16 a d'ailleurs justifié un sursis à statuer dans des affaires proches⁵. Une telle possibilité pourrait donc constituer une forme de « raccourci procédural » qui s'inscrirait pleinement dans la logique des protocoles 15 et 16, tout en valorisant le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme en vue d'atténuer les risques de repli national. Une telle logique se retrouve aussi lorsqu'il s'agit d'étudier l'articulation entre la saisine pour avis proposée et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne.

la Cour européenne des droits de l'homme permettent d'assurer l'unité de l'interprétation des textes qui lui sont hiérarchiquement supérieurs. Ces innovations sont loin d'être une simple juxtaposition d'instruments hétéroclites. Tous mobilisent une même technique au profit d'un effet semblable ». V. G. CASU, *op.cit.*, p.455, §705.

¹ Le Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA estime d'ailleurs, et nous adhérons à un tel point de vue, que « *quelle que soit l'ampleur du pouvoir d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'élaboration de sa jurisprudence, on ne doit pas oublier que cette jurisprudence se construit dans le dialogue entre la Cour et les juridictions nationales. Ces dernières disposent dorénavant d'un instrument formel pour engager ce dialogue avec la Cour : la demande d'avis du Protocole n°16. Les trois plus hautes juridictions françaises devraient s'en saisir pour faire savoir certaines difficultés d'application de la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est un moyen précieux d'encadrement et de limitation du pouvoir d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme pour peu que l'on s'en serve à bon escient en rédigeant des questions stratégiquement favorables à la préservation de certaines particularités nationales* ». V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle limitée dans l'élaboration de sa jurisprudence ? », in A. GOUËZEL, J.-R. BINET (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.113, spéc. p.126.

² V. §321 et suivants de la thèse.

³ V. §78 et suivants de la thèse.

⁴ Le cheminement procédural aurait été considérablement accéléré. Dans le dernier arrêt, la Cour de cassation achève d'ailleurs sa motivation en mentionnant « *qu'en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans* » qui témoigne de l'exceptionnel parcours de cette affaire.

⁵ V. par exemple, Civ. 1^{ère}, 20 mars 2019, n°18-12.327, n°18-50.008, et n°18-11.50.006 dans lesquels la Cour de cassation énonce clairement que « *si la question posée par le présent pourvoi n'est pas identique dès lors qu'est sollicitée la transcription, sur les registres de l'état civil, d'un acte de naissance qui désigne un homme comme « parent d'intention* », elle présente cependant un lien suffisamment étroit avec la question de la « *maternité d'intention* » pour justifier qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme et de l'arrêt de l'assemblée plénière à intervenir sur le pourvoi n°10-19.053 ».

442. L’articulation avec le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union européenne. Si le texte concerne la mise en œuvre du droit de l’Union européenne, il serait aussi intéressant pour la Cour de cassation de transmettre la demande d’avis à la Cour de justice de l’Union européenne au travers du mécanisme du renvoi préjudiciel¹, qui fonde d’ailleurs la présomption d’équivalence des protections posée par la Cour européenne² et qui lui permettrait d’être plus rapidement éclairée sur l’interprétation des droits d’origine communautaire. Loin de concurrencer le renvoi préjudiciel, l’avis proposé pourrait au contraire permettre à la Cour de cassation de l’effectuer elle-même, particulièrement lorsque la saisine par les juges du fond implique de s’interroger sur l’opportunité d’un renvoi³. Une voie supplémentaire de saisine de la Cour de justice de l’Union européenne serait ainsi offerte. La juridiction du fond demeurerait libre d’user elle-même de l’article 267 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, qu’elle saisisse préalablement la Cour de cassation d’une saisine pour avis ou non.

Une telle proposition serait d’ailleurs d’autant plus intéressante qu’elle pourrait par ailleurs être utilisée en cas de difficultés relative à une éventuelle contradiction avec le droit de l’Union, en dehors du cadre de la protection des droits fondamentaux. L’avis en conventionnalité proposé dans la présente thèse devait ainsi être formulé en gardant à l’esprit que la conventionnalité, notamment en droit de l’Union européenne, n’implique pas seulement les questions relatives aux droits fondamentaux. Plus largement, elle peut aussi dépasser le seul cadre du droit de l’Union. Cela va certes au-delà de la délimitation du sujet de l’étude, mais nous semble plus approprié et redouble l’intérêt de notre proposition. La formulation, dans notre proposition, du « contrôle de la compatibilité du contenu et de l’application d’une disposition de droit interne **avec les dispositions de normes européennes et internationales** »⁴ a précisément été choisie pour cette raison.

Que la disposition concerne l’avis à la Cour européenne ou le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l’Union, il suffirait d’introduire dans le Code de l’organisation judiciaire un article spécifiquement dédié à ces questions⁵. Il aurait certes une valeur procédurale mais aussi une dimension hautement symbolique, et donnerait un poids bien supérieur à l’avis rendu par la

¹ V. ANNEXE : article L441-4-3, 2°).

² V. §170 et suivants de la thèse.

³ Pour un exemple récent, en matière de droit de la consommation, v. Civ. 1^{ère}, avis, 21 octobre 2021, n°21-70.015 et n°21-70.016. L’avis mentionnait que : « la Cour de cassation est d’avis que les questions, dont les réponses nécessitent une interprétation uniforme du droit de l’Union applicable en la cause, doivent être soumises par la juridiction saisie du litige à la Cour de justice de l’Union européenne en application de l’article 267 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne ».

⁴ V. ANNEXE 1 : article L441-4-1.

⁵ V. ANNEXE : article L441-4-3, 1°) et 2°).

Cour de cassation, puis à la décision des juges du fond qui s'y conformeraient. Se questionner sur la possibilité de faire de même au niveau national aurait un réel intérêt.

443. Analogie prospective au niveau national. Il ne s'agit que d'une piste de réflexion, qui nécessiterait ici une réforme de plus grande ampleur. Dans la mesure où, nous l'avons vu, les contrôles de la loi sont tous imbriqués y compris au niveau interne, ne serait-il pas profitable de permettre à la Cour de cassation de fonder une demande d'avis au Conseil constitutionnel ou au Conseil d'État sur une demande d'avis qui lui a été émise ?

Pour le premier, une interaction serait essentiellement utile lorsque l'avis a été émis par les juges du fond, sans que n'ait été posée une question prioritaire de constitutionnalité. Dans cette mesure, il pourrait être intéressant d'articuler l'avis en conventionnalité avec l'avis en constitutionnalité proposé dans la partie précédente¹. La souplesse de la demande d'avis permet d'ailleurs d'éviter tout lien hiérarchique explicite, ce qui correspond tout à fait à l'esprit actuel du système de protection des droits fondamentaux à la française. Du point de vue des délais, il nous semble qu'une telle articulation pourrait faciliter un contrôle plus rapide du contenu de la loi par le Conseil. En effet, selon le rapport de la Cour de cassation, les trois quarts des avis sont justement émis par les juges du premier degré². De surcroît, comme nous l'avons montré, la plupart des QPC sont formulées devant la Cour de cassation³ : une telle combinaison impliquerait donc aussi une valorisation du contrôle de constitutionnalité qui pourrait être par ce biais facilité, dans un esprit similaire à celui de la QPC. L'avis en conventionnalité sollicité par les juges du fond, rendu dans un délai de 3 mois maximum, pourrait ainsi permettre à la Cour de cassation d'initier un avis en constitutionnalité, qui supposerait un délai similaire⁴ : les questions relatives à la constitutionnalité et à la conventionnalité de dispositions légales pourraient donc être évacuées dès la première instance, du moins lorsque les parties ont soulevé un moyen en conventionnalité.

Pour le second, comme nous l'avons souligné⁵, il serait intéressant de permettre à la Cour de cassation de formuler une demande d'avis auprès du Conseil d'État, si elle l'estime nécessaire, lorsque la question de conventionnalité posée pourrait se poser similairement dans l'ordre

¹ V. ANNEXE : article L441-4-3, 3°). Pour la proposition formulée en fin de première partie, V. §227 et suivants de la thèse.

² V. rapport préc., p.63.

³ V. sur ce point le rapport annuel 2021 de la Cour de cassation, et notre analyse précédente, V. §212 et suivants de la thèse.

⁴ Cela supposerait bien évidemment un sursis à statuer de la part de la Cour de cassation qui sollicite l'avis du Conseil constitutionnel, qui devrait bien évidemment aussi figurer dans les dispositions relatives au sursis à statuer de l'avis en conventionnalité, en vue de permettre un allongement des délais.

⁵ V. §127 de la thèse.

administratif ou qu'elle constate qu'une interaction est possible¹. Là encore, la souplesse de l'avis en conventionnalité supposerait une absence de relation hiérarchique, et traduirait une forme d'intelligence judiciaire visant à assurer la cohérence du système français de protection des droits fondamentaux. La saisine pour avis en conventionnalité, ainsi que la saisine pour avis en interprétation, pourraient ainsi aisément s'articuler avec une saisine pour avis plus générale qui permettrait aux juridictions supérieures des deux ordres d'interagir. Par ailleurs, se pose la question de l'articulation entre saisine pour avis en conventionnalité et saisine pour avis en interprétation.

444. La possibilité pour le juge du fond de solliciter deux avis distincts pour une même affaire. Insérer une telle saisine pour avis implique toutefois de s'interroger sur son articulation avec « l'avis en interprétation ». Il n'y a pas de réel obstacle, ni d'ordre procédural ni d'ordre temporel, à permettre l'émission de deux avis distincts, dans la mesure où ils n'ont pas la même fonction. Au contraire, l'avis en interprétation, sur une même norme, pourra être rendu en miroir à l'avis en conventionnalité, si bien que l'appréciation de l'un se ferait en considération du résultat de l'autre. Par exemple, si une disposition est jugée compatible tant dans son contenu que dans son application, la Cour de cassation pourra ensuite trancher l'avis en interprétation comme elle l'aurait fait s'il avait été seul. En revanche, si la norme contrôlée voit son contenu ou son application déclarés non compatibles, la norme écartée n'aura plus à être interprétée : l'avis en interprétation serait donc sans objet. Enfin, lorsque l'avis en interprétation et l'avis en conventionnalité sont demandés au sujet de deux normes différentes, ils peuvent être sollicités simultanément et ne seront pas interdépendants, ce qui ne semble causer qu'assez peu de difficultés.

445. Un premier pas ? Une critique majeure à une telle proposition pourrait résider dans le fait qu'elle ne serait que le cheval de Troie d'une évolution ultérieure du rôle de la Cour de cassation, qui permettrait ensuite une modification de l'article L411-2 dans cette même mesure. Voire, pourquoi pas, qui pourrait conduire à des modifications bien plus ambitieuses similaires à celles, précédemment évoquées, de Monsieur FISCHER². Serait-ce si préjudiciable ? Nous adhérons d'ailleurs à la logique selon laquelle le pourvoi en cassation pourrait tout de même

¹ V. ANNEXE 1 : article L441-4-3, 4°).

² Pour rappel, sa proposition de thèse implique de créer un article 4-1 au Code civil, permettant au juge d'exercer pleinement son pouvoir modérateur lorsqu'une partie lui demande de déroger à la règle de droit, sous réserve que sa stricte interprétation provoque des conséquences manifestement excessives. V. sur ce point, §280 de la thèse.

être un vecteur adapté au contrôle de conventionnalité¹, y compris lorsqu'il s'agit d'apprécier l'application de la norme en cause.

Il ne faut toutefois pas négliger les mises en garde de certains qui visent, à juste titre, le risque d'une submersion de pourvois par la Cour de cassation qui serait dans ce cadre perçue comme un troisième degré de juridiction². Il faudrait ainsi prévoir des garde fous visant à réduire le nombre de pourvois et à les filtrer drastiquement, ce qui supposerait une réforme d'une plus grande ampleur dont les conséquences seraient plus difficilement préhensibles sur le système juridique français.

Les révolutions sont souvent synonymes de violence. Proposons une « contre-révolution » par petits pas qui en serait dépourvue. Gageons qu'offrir préalablement une possibilité encadrée à la Cour de cassation de mobiliser les faits pour exercer son contrôle, dans un cadre procédural étroit dont le juge conserve la maîtrise, serait de nature à apaiser les craintes des plus réticents à une évolution ultérieure plus profonde de son rôle. À défaut, il suffira de ne pas poursuivre, ce qui semble être une solution tout aussi convenable qui « *promeut la collaboration et le dialogue dans une recherche nuancée du droit au lieu de la défiance et de la répression qui seyait à des temps désormais révolus de certitude de la loi* »³.

¹ V. dans ce sens, A. LACABARATS, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation, actes de colloque du 15 juin 2015*, SLC, 2015, p.245 ; 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 », *ibid.*, p.229, spéc. p.231 et suiv. L'auteur souligne d'ailleurs très justement que le contrôle de proportionnalité peut se prêter aussi à l'application de l'article 9 du Code civil, hors contrôle de conventionnalité, et cite plusieurs arrêts qui l'illustrent (Civ. 1ère, 19 mai 1998, n°96-17.112 ; Soc., 12 juillet 2005, n°04-13.342 ; Civ. 3 juin 2004, n°02-19.886, cf p.237 à 239). V. aussi, J. GARRIGUE, « Nouveau plaidoyer pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière de filiation », in A. GOUËZEL, J.-R. BINET (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.43, spéc. p.55 et suiv. V. enfin, pour l'article le plus emblématique, 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. Dans le même ordre d'idée, V. V. F. FERRAND, « La juridiction suprême en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », in G. DRAGO, B. FAUVARQUE-COSSON, M. GORÉ (dir.), *L'accès au juge de cassation, actes de colloque du 15 juin 2015*, SLC, 2015, p.147, spéc. p.207 et 208. V. aussi, une nouvelle fois, Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Ch. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p.2061.

² Le Professeur ZENATI-CASTAING souligne que « *le risque est grand que, devant l'irruption des faits dans le recours en cassation par suite de la réforme, la Cour de cassation soit submergée de pourvois émanant de plaideurs tentés par l'apparition d'un troisième degré de juridiction. Il est clair que, devant une recomposition d'une telle ampleur, la procédure de non-admission ne peut constituer un barrage suffisant contre des dizaines de milliers de nouveaux pourvois* », F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p.511.

³ F. ZENATI-CASTAING, art. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

446. Le principal risque d'insécurité juridique réside essentiellement dans le contrôle de l'application des lois, et est en partie causé par le cumul entre le caractère diffus du contrôle de conventionnalité et l'impossibilité pour la Cour de cassation de jouer en la matière un rôle uniformisateur. Il a par conséquent été nécessaire de proposer une voie médiane permettant d'atténuer de tels inconvénients. Si elle ne neutralise bien évidemment pas les risques d'insécurité juridique liés à la multiplicité juridictionnelle, elle permet *a minima* d'ouvrir une voie vers une uniformisation consentie, procéduralement la plus légère possible, et adaptée à l'esprit de dialogue qui irrigue le contrôle de la compatibilité des lois aux droits fondamentaux. La conscience de la portée juridique qu'impliquerait la cristallisation législative du contrôle de conventionnalité qu'exerce le juge judiciaire n'est pas à négliger. Elle n'est en réalité que la traduction d'un demi-siècle de pratique juridictionnelle et de la volonté de limiter les risques liés aux dernières évolutions d'un contrôle qui a partiellement changé de nature. D'autres voies pouvaient évidemment être envisagées, mais nous semblent tantôt trop tardives, trop ambitieuses, tantôt comportant des inconvénients et lourdeurs que ses avantages ne sauraient compenser. L'avis en conventionnalité proposé, qu'il porte sur le contenu ou sur l'application des lois, permet ainsi de conserver au mieux les avantages de l'existant, tout en apaisant partiellement les inquiétudes dont il fait l'objet.

CONCLUSION DU TITRE 2

447. L'encadrement du double contrôle, par le juge judiciaire, de la compatibilité de la loi aux droits fondamentaux d'origine conventionnelle implique ainsi de répondre aux questions « comment contrôler ? », et « à qui confier l'exercice du contrôle ? ». À la première, il s'agira de répondre simplement qu'il est nécessaire de systématiser la structure du contrôle, en cristallisant en partie sur le plan interne certains aspects des méthodes européennes, elles-mêmes inspirées de droits issus des pays de *common law*. Loin d'opérer une transposition stricte de l'une ou l'autre, il s'agit de tirer profits de leurs avantages, au travers d'une incorporation souple dans un système qui peut finalement aisément s'y prêter. Les évolutions déjà constatées dans les arrêts de la Cour de cassation et la profonde réflexion qu'elle mène depuis plusieurs années en la matière sont de nature à rassurer¹. Il s'agit ainsi simplement d'ajouter à l'existant : la nécessité de mentionner davantage la marge nationale d'appréciation, d'explicitier et de détailler préalablement le contrôle du contenu de la norme lorsqu'est mobilisé le contrôle de son application et enfin de citer de manière systématique les précédents qui concernent le contrôle de la loi, sont l'essentiel des propositions formulées à cet égard. Certes, cela impliquerait pour la Cour européenne des droits de l'homme de clarifier ses positions en la matière, en faisant preuve de pédagogie lorsqu'elle apprécie la notion, notamment au regard du consensus européen. Il faut concéder qu'une telle approche ne neutralise pas non plus les vices inhérents au caractère protéiforme et insusceptible de systématisation du contrôle de

¹ On se permettra de citer les propos du premier président Christophe SOULARD lors de son audience d'installation du 22 juillet 2022, que nous avons choisi de ne pas tronquer tant ils résument le nôtre :

« Il est de l'intérêt général que, sur une question donnée, la Cour de cassation connaisse la position de l'ensemble des juridictions du fond et les débats qui les traversent. Il est non moins important qu'elle puisse anticiper ce que sera sa tâche en identifiant les nouveaux contentieux avant même d'en être saisie. Sous ce double aspect, la gestion de l'ensemble de l'open data, qui a été confiée à la Cour de cassation, constitue un puissant levier. [...]

Cependant, les justiciables sont en droit d'attendre que l'interprétation des règles de droit soit la même sur l'ensemble du territoire. Cette exigence d'égalité et de sécurité juridique donne à la Cour de cassation sa raison d'être. Si la Cour de cassation doit connaître les débats qui traversent les juridictions du fond, être consciente des difficultés que ses interprétations peuvent soulever et, de manière générale, entretenir des liens particulièrement étroits avec ces juridictions, elle n'est pas une cour d'appel. Elle doit assumer complètement l'autorité spécifique que lui a confiée le législateur.

Cette autorité ne s'exerce plus *ex cathedra*. Elle repose sur une motivation qui donne à voir que les interprétations de la Cour de cassation sont le fruit d'une délibération collective et approfondie, prenant en compte les travaux de la doctrine, les positions adoptées par d'autres juridictions, nationales ou étrangères et, lorsqu'il s'agit de grandes questions de société, les courants de pensée qui constituent notre culture commune. C'est ce que nous appelons la motivation enrichie.

Le premier président Bertrand Louvel, que je remercie chaleureusement d'être aujourd'hui parmi nous, en fut le précurseur, sur la base d'une analyse du contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire du contrôle tendant à vérifier qu'une règle de droit ou son application ne porte pas une atteinte disproportionnée à un droit fondamental, contrôle auquel la Cour ne pouvait pas renoncer, sauf à ne pas jouer son rôle ». V. l'allocation prononcée par Christophe SOULARD le 18 juillet 2022, lors de son audience d'installation dans ses fonctions de premier président de la Cour de cassation, site internet de la Cour de cassation.

proportionnalité des lois. Mais elles permettent d'en atténuer les conséquences, d'autant plus lorsqu'il s'agit de cumuler ces propositions avec celles qui permettent de répondre au second questionnement. En effet, s'agissant des acteurs chargés du contrôle des lois, permettre à la Cour de cassation de contrôler le contenu des lois par le biais du pourvoi en cassation et d'exercer un double contrôle par le biais de l'avis en conventionnalité semble diminuer les risques d'insécurité juridique que le contrôle de l'application des lois génère.

CONCLUSION DE LA PARTIE

448. Le contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application des lois par le juge judiciaire traduit une mutation, déjà entamée avant que ne lui en soit confié la compétence, du système juridique français. D'abord d'un point de vue matériel, par la transformation qu'il engendre sur la règle de droit, tant du point de vue de la norme contrôlée, que de celui de son élaboration. Loin d'affaiblir la loi, il semble au contraire que le double contrôle auquel elle est soumise la renforce : soit en lui conférant un brevet de conventionnalité, soit en lui permettant de s'adapter plus rapidement aux évolutions sociales ou technologiques, soit, enfin, en palliant les carences inhérentes à son caractère général et impersonnel. Par le contrôle du contenu de la norme et de son application, le juge judiciaire tend à montrer que les craintes formulées à son égard lorsqu'il a étendu spontanément son office semblaient infondées. Encadrant elle-même la motivation de ses décisions, faisant preuve de prudence à l'égard des négligences des juges du fond et des abus des justiciables, la Cour de cassation a su faire preuve de mesure et de modestie. La structuration de son contrôle neutralise en partie les critiques selon lesquelles elle pratiquerait un jugement en équité, sous couvert de la protection des droits fondamentaux. Si, ces derniers traduisent nécessairement la volonté de satisfaire un idéal de justice, un tel idéal demeure contenu et encadré, par une motivation enrichie qui, certes, s'éloigne de la tradition judiciaire française, mais qui témoigne surtout de la capacité d'adaptation du juge judiciaire aux logiques européennes. Contraint de se conformer aux Traités, il a lui-même opté, à défaut d'intervention législative, pour une structuration rigoureuse de la motivation de ses décisions, tentant ainsi une synthèse entre la rigueur syllogistique française, et la souplesse du contrôle européen. Cette évolution ne saurait toutefois demeurer en l'état et semble nécessiter de confier marginalement à la Cour de cassation, dans le cadre d'une saisine pour avis spécialement dédiée au contrôle de conventionnalité, le pouvoir de statuer en faits en vue de pratiquer elle-même un contrôle de l'application des lois.

CONCLUSION GÉNÉRALE

449. « Mais, parce que le monde n'est pas stable, l'équilibre de cette alliance du fait brut et du construit juridique est, lui-même, perpétuellement instable. Le rôle du juriste ne saurait être, simplement, de s'en tenir au travail technique de ses devanciers, qui, sur le champ des faits, ont bâti, pour le droit civil, l'architecture qui convenait à leur temps. Le travail du juriste est sans cesse à reprendre ! Il doit le refaire aussitôt que les réalités sous-jacentes au droit qu'il formule se modifient. Il est obligé de le revoir à mesure que la connaissance de l'univers des faits matériels lui permet de mieux scruter la matière qu'il utilise. Et il doit le remanier encore, partout où les besoins des générations anciennes, et l'idéal qu'il suggère de celles-ci, ne correspondent plus aux besoins des générations nouvelles et à l'idéal que ces besoins proposent. Il en sera ainsi tant que vivra l'humanité, puisque toute vie consiste à éliminer le passé et à s'assimiler à l'avenir, en même temps qu'à appuyer l'avenir sur le passé »¹. Permettons-nous de nous appuyer sur la conclusion du Professeur SAVATIER pour construire celle de la présente étude, rédigée en des termes bien moins éloquents plus de sept décennies plus tard. Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité du contenu et de l'application des lois – voire, plus largement, tous les contrôles de la loi – témoigne de nouvelles intrusions du fait dans le droit, impliquant une mutation du droit français qui a pu elle aussi² inquiéter.

450. L'étude détaillée des décisions du juge judiciaire, mises en perspective avec celles des autres juges chargés du contrôle de la loi et confrontées à la tradition judiciaire française, laisse finalement – et contre toute attente – entrevoir un avenir encourageant. Les craintes d'une soumission aveugle à des juges européens aux logiques incompatibles avec le système juridique français, d'une concurrence excessive avec le juge constitutionnel, ou encore d'une dissonance avec le contrôle exercé par le juge administratif, s'effacent pour laisser place à la voie de la cohérence et de l'apaisement. Ceux qui appelaient le dialogue des juges de leurs vœux se réjouiront : le dialogue s'est progressivement intensifié, que ce soit de manière informelle ou

¹ R. SAVATIER, « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui : structures matérielles et structures juridiques », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Tome I*, études offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, p.75, spéc. p.91.

² Les propos précités s'inscrivaient dans une étude des divers effets juridiques que peuvent revêtir certains faits, et de leur influence sur les règles de droit. L'auteur souligne ainsi que « ce qui paraît, en tous cas, certain, c'est qu'un tel mouvement marque, dans nos institutions, quelque profond changement de voie s'accomplir. [...] Les choses et les faits affleurent presque nus, sous les lambeaux de cet habillement juridique démodé, en attendant qu'un droit nouveau, répondant aux besoins et aux appels de l'humanité de demain, les revêtissent à neuf », *op. cit.*, p.80.

procédurale, et la présente étude contribue modestement à des propositions qui confortent une telle mouvance. Ceux qui doutaient de son efficacité se consoleront : la « guerre des juges » n'a finalement pas eu lieu, les différences d'appréciations juridictionnelles se sont considérablement réduites, et l'adoption par le juge judiciaire du contrôle de l'application des lois n'a, pour l'instant, pas conduit à des dérives incontrôlées. Bien au contraire, elle a engendré de profondes réflexions sur le rôle de la Cour de cassation, la modernisation de la motivation de ses décisions et de celles des juges du fond, en vue de satisfaire de louables objectifs de rigueur, de stabilité et d'accessibilité.

451. De telles constatations, certes encourageantes, n'impliquent toutefois pas d'occulter les carences du contrôle de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux. Elles résident, entre autres, dans les appréciations fluctuantes de la marge nationale d'appréciation qui irriguent et rendent parfois le contrôle de proportionnalité qu'exerce la Cour européenne des droits de l'homme insaisissable, tout comme celui qu'exerce, par voie de conséquence, le juge judiciaire. Il ne s'agit pas non plus de nier les risques d'insécurité juridique qu'engendre le contrôle de la compatibilité de l'application des lois. La difficulté même de déceler une dichotomie qui permette d'identifier chacun des contrôles en est l'illustration. Elle témoigne des difficultés de systématisation qui sont inhérentes au contrôle de conventionnalité. Le parti a été pris de se fonder sur la dichotomie entre le « contenu » et « l'application » fondée prioritairement sur l'objet et les effets des contrôles, couplée à la distinction entre « concret » et « abstrait » fondée exclusivement sur leurs caractères, afin d'étudier au mieux leur articulation et leurs différentes formes, de la manière la plus pédagogique possible. Ce simple exemple illustre les difficultés du maniement et de la compréhension des contrôles de la loi, qui varient en fonction des logiques inhérentes aux juridictions qui les manient. L'idée de créer un « avis en conventionnalité » est au confluent de divers courants, qui découlent eux-mêmes de sources identifiables.

452. D'abord, du point de vue de l'équilibre qu'il convient de préserver entre les différents juges de la loi, une complémentarité entre leurs différents contrôles, qu'ils soient totalement identiques ou non, a été observée. Elle est toutefois directement dépendante de la bonne volonté de juridictions qui observent mutuellement leurs décisions, et tentent au mieux d'assurer la cohérence d'un système complexe. L'utilisation par le juge judiciaire du contrôle de la compatibilité de l'application de la loi vient conforter cette idée : le renforcement de la complémentarité des contrôles de la loi engendre tout autant la complexification de leurs

rapports. Dans cette mesure, il peut paraître intéressant de multiplier les outils de dialogue, en confiant au juge du fond la possibilité de saisir la Cour de cassation d'un avis en conventionnalité, qui porterait tant sur l'application de la loi que sur son contenu, qu'elle pourrait ensuite elle-même transmettre à un autre juge de la loi qui se trouverait également concerné par son contrôle. Par exemple, la transmission de l'avis en conventionnalité de la part de la Cour de cassation aux juges européens lui permettrait de s'y conformer en cas de doute sur l'interprétation et les contours d'un droit d'origine communautaire ou conventionnelle. Une saisine pour avis entre Conseil d'État et Cour de cassation s'inscrirait dans une démarche similaire. Enfin, la création d'un avis au Conseil constitutionnel, qui emprunterait ses effets à ceux de son contrôle *a posteriori*, pourrait permettre de faciliter la cohérence et l'efficacité des contrôles du contenu de la loi sur le plan constitutionnel et conventionnel, sans contraindre le justiciable à doubler ses fondements. Une telle proposition ne vise ainsi qu'à renforcer l'existant, en confiant au juge judiciaire – voire administratif – un outil supplémentaire, incitatif, qui lui permettrait de préserver au mieux la cohérence du système français de protection des droits fondamentaux.

453. Ensuite, l'avis en conventionnalité, qui permettrait à la Cour de cassation de statuer en faits mais dans un cadre procédural déterminé, serait la traduction de l'admission par le législateur des carences de ses propres créations et de la confiance qu'il témoigne à l'égard d'une autorité dont il admet désormais le pouvoir. Loin des craintes des révolutionnaires, il permettrait d'explicitier la collaboration du pouvoir législatif avec l'organe chargé d'appliquer, d'interpréter, et désormais de contrôler la loi. Il traduirait la force d'un système juridique français conscient des lacunes de ses règles de droit, compensées par une complémentarité accrue de leurs sources.

454. Enfin, couplé à l'encadrement et à la structuration spontanés du contrôle de conventionnalité, l'avis du même nom trouve sa source dans la nécessité de s'adapter à une méthode de raisonnement fondée sur le précédent. L'objectif demeure de favoriser la construction d'une plus grande sécurité juridique, en partie mise à mal par l'adoption du contrôle de l'application des lois.

Sans prétendre résoudre les difficultés inhérentes au double contrôle de la loi, une telle proposition tendrait à apaiser une partie des craintes formulées à son encontre. Restera au juge judiciaire le soin d'en faire un usage raisonné qui confirmera sa volonté d'assurer la cohérence et l'efficacité de la protection des droits fondamentaux.

ANNEXES

ANNEXE 1 : Propositions de modifications du Code de l'organisation judiciaire

Partie Législative

Livre IV : La Cour de cassation

Titre IV : Dispositions particulières en cas de saisine pour avis de la Cour de cassation (*non modifié*)

Chapitre unique (Articles L441-1-1 à L441-4-3) (*non modifié*)

Section 1 : Dispositions communes (*nouvelle*)

Article L441-1-1¹ (*nouveau*)

Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation selon les modalités prévues au présent titre.

Article L441-1-2 (*reprise de l'ancien article L441-3*)

L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande.

Article L441-2-1 (*reprise de l'ancien article L441-4*)

Les modalités d'application du présent titre sont fixées, en ce qui concerne les juridictions autres que pénales, par décret en Conseil d'Etat.

Article L441-2-2 (*légèrement modifié, reprise de l'ancien article L441-2-1*)

Les renvois devant une formation mixte ou plénière pour avis prévus aux articles L441-3-2 et L441-4-2 sont décidés soit par ordonnance non motivée du premier président, soit par décision non motivée de la chambre saisie.

Le renvoi est de droit lorsque le procureur général le requiert.

¹ La modification de numérotation impliquerait de modifier les dispositions dans lesquelles les anciens articles figuraient, particulièrement dans les codes de procédure civile et de procédure pénale. Pour une liste exhaustive desdits textes, V. Rapport « Assemblée plénière, chambre mixte et avis », 14 septembre 2021, site internet de la Cour de cassation, p.58 à p.62.

Section 2 : Dispositions propres à la demande d'avis en interprétation (nouvelle)

Article L441-3-1 (modifié, reprise de l'ancien article L441-1)

Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, [*de nature à présenter*]¹ une difficulté sérieuse et [*susceptible de se poser*]² dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent [*suppression : par une décision non susceptible de recours,*]³ solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Elles peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

Article L441-3-2 (légèrement modifié, reprise de l'ancien article L441-2)

La chambre compétente de la Cour de cassation se prononce sur la demande d'avis *en interprétation* [rajout].

Lorsque la demande relève normalement des attributions de plusieurs chambres, elle est portée devant une formation mixte pour avis *en interprétation* [rajout].

Lorsque la demande pose une question de principe, elle est portée devant la formation plénière pour avis *en interprétation* [rajout].

La formation mixte et la formation plénière pour avis *en interprétation* [rajout] sont présidées par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le doyen des présidents de chambre.

Section 3 : Dispositions propres à la demande d'avis en conventionnalité (nouvelle)

Article L441-4-1 (nouveau)

Avant de statuer sur une question nouvelle, de nature à présenter une difficulté sérieuse et susceptible de se poser dans de nombreux litiges⁴, relative au contrôle de la compatibilité du contenu et de l'application d'une disposition de droit interne avec les dispositions de normes européennes et internationales, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation⁵.

¹ Formulation plus souple issue des propositions du rapport « Assemblée plénière, chambre mixte, avis », p.70. Remplacement des termes « présentant » et « se posant », en vue de flexibiliser les conditions de recevabilité de la saisine. V. §439 de la thèse.

² Même remarque, v. p.71 du rapport, et §439 de la thèse.

³ La question du recours figurerait en effet déjà dans les dispositions communes, inutile d'opérer un doublon.

⁴ Nous avons pris pour modèle les assouplissements proposés dans la saisine pour avis en interprétation, afin d'éviter de reproduire les carences constatées.

⁵ L'avantage d'une telle formulation, qui n'est pas cantonnée à la question de la protection des droits fondamentaux, est que l'avis en conventionnalité pourrait être aussi utilisé en dehors de ce strict cadre.

Article L441-4-2 (*nouveau*)

La chambre compétente de la Cour de cassation se prononce sur la demande d'avis en conventionnalité.

Lorsque la demande relève normalement des attributions de plusieurs chambres, elle est portée devant une formation mixte pour avis en conventionnalité.

Lorsque la demande le requiert, elle est portée devant la formation plénière pour avis en conventionnalité.

La formation mixte et la formation plénière pour avis en conventionnalité sont présidées par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le doyen des présidents de chambre.

Article L441-4-3 (*nouveau*)

La demande d'avis transmise à la Cour de cassation, sur décision de la formation pour avis en conventionnalité, peut fonder, alternativement ou successivement :

1°) Une demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme selon les modalités prévues au Protocole n°16 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2°) Une question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne selon les modalités prévues à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

3°) Une demande d'avis au Conseil constitutionnel selon les modalités prévues à [néant]¹

4°) Une demande d'avis au Conseil d'État selon les modalités prévues à [néant]²

¹ Si une telle voie était ouverte, au regard des propositions formulées s'agissant de la création d'un avis en constitutionnalité, v. §227 et suiv. de la thèse.

² Similairement, v. §127 et suiv. de la thèse.

ANNEXE 2 : Dispositions actuelles du Code de l'organisation judiciaire

Partie Législative

Livre IV : La Cour de cassation

Titre IV : Dispositions particulières en cas de saisine pour avis de la Cour de cassation

Chapitre unique (Articles L441-1 à L441-4)

Article L441-1

Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Elles peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article [L. 2232-9](#) du code du travail ou de la Cour de cassation avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

Article L441-2

La chambre compétente de la Cour de cassation se prononce sur la demande d'avis.

Lorsque la demande relève normalement des attributions de plusieurs chambres, elle est portée devant une formation mixte pour avis.

Lorsque la demande pose une question de principe, elle est portée devant la formation plénière pour avis.

La formation mixte et la formation plénière pour avis sont présidées par le premier président ou, en cas d'empêchement, par le doyen des présidents de chambre.

Article L441-2-1

Le renvoi devant une formation mixte ou plénière pour avis est décidé soit par ordonnance non motivée du premier président, soit par décision non motivée de la chambre saisie.

Le renvoi est de droit lorsque le procureur général le requiert.

Article L441-3

L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande.

Article L441-4

Les modalités d'application du présent titre sont fixées, en ce qui concerne les juridictions autres que pénales, par décret en Conseil d'Etat.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

BARANGER (Denis), *Le droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je », 2017.

BERGÉ (Jean-Sylvestre), ROBIN-OLIVIER (Sophie), *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, 2^{ème} édition, 2008.

BLANQUET (Marc), *Droit général de l'Union européenne*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2018.

BROYELLE (Camille), *Contentieux administratif*, LGDJ, Manuel, 7^{ème} édition, 2019.

CHAPUS (René)

- *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} édition, 2008.
- *Droit administratif général tome I*, Montchrestien, 15^{ème} édition, 2001.

CUNIBERTI (Gilles), *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2011.

CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.

DAVID (René), *Le droit français, Tome I, Les données fondamentales du droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960.

DAVID (René) (dir.), *Le droit français, Tome II, Principes et tendances du droit français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960.

DAVID (René), JAUFFRET-SPINOSI (Camille), GORÉ (Marie), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^{ème} édition, Dalloz, 2016.

DEUMIER (Pascale), *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., 6^{ème} édition, 2021.

DRAGO (Guillaume), *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. « Thémis droit », 4^{ème} édition, 2016.

FAVOREU (Louis), GAÏA (Patrick), CHEVONTIAN (Richard), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), PENA (Annabelle), PFERSMANN (Otto), PINI (Joseph), ROUX (André), SCOFFONI (Guy), TREMEAU (Jérôme), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2016.

FOILLARD (Philippe), *Droit administratif*, Larcier, 4^{ème} édition, 2015.

FRISON (Danièle), *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, Ellipses, 3^{ème} édition, 2005.

FRIER (Pierre-Laurent), PETIT (Jacques), *Droit administratif*, LGDJ, Précis Domat droit public, 11^{ème} édition, 2017-2018.

- FROMONT (Michel)**, *Grands systèmes de droit étranger*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2018.
- GAUTHIER (Catherine), PLATON (Sébastien), SZYMCZAK (David)**, *Droit européen des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Sirey », 2017.
- GUINCHARD (Serge) (dir.)**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017.
- LACHAUME (Jean-François), PAULIAT (Hélène), BRACONNIER (Stéphane), DEFFIGIER (Clotilde)**, *Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., 16^{ème} édition, novembre 2014.
- LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), BUFFELAN-LANORE (Yvaine)**, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 17^{ème} édition, 2020.
- LEGEAIS (Raymond)**, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Lexis Nexis, 3^{ème} édition, 2016.
- LEGRAND (Pierre), SAMUEL (Geoffrey)**. *Introduction au common law*, La découverte, Repères, 7^{ème} édition, 2010.
- LONG (Marceau), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLVÉ (Pierre), GENEVOIS (Bruno)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20^{ème} édition, 2015.
- MASTOR (Wanda), BENETTI (Julie), ÉGÉA (Pierre), MAGNON (Xavier)**, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 1^{ère} édition, 2017.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), PACTET (Pierre)**, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Sirey », 36^{ème} édition., 2018.
- MORAND-DEVILLER (Jacqueline), BOURDON (Pierre), POULET (Florian)**, *Droit administratif*, LGDJ, 15^{ème} édition, 2017.
- MOREAU-DAVID (Jacqueline), CHAMBOST (Anne-Sophie)**, *Histoire du droit*, Foucher, 2010.
- OBERDORFF (Henri)**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2017.
- PLESSIX (Benoît)**, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2018.
- OBERDORFF (Henri), ROBERT (Jacques)**, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Lextenso, 13^{ème} édition, 2015.
- RENUCCI (Jean-François)**, *Droit européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Lextenso, 7^{ème} édition, 2017.
- ROUSSEAU (Dominique), GAHDOUN (Pierre-Yves) et BONNET (Julien)**, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{ème} édition, LGDJ, coll. « précis DOMAT », 2016.

SEROUSSI (Roland), *Introduction aux droits anglais et américains*, Dunod, 5^{ème} édition, 2011.

SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 15^{ème} édition, 2021.

SUDRE (Frédéric), **MARGUÉNAUD (Jean-Pierre)**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël)**, **GOUTTENOIRE (Adeline)**, **GONZALEZ (Gérard)**, **MILANO (Laure)**, **SURREL (Hélène)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, P.U.F., 10^{ème} édition, 2022.

TRUCHET (Didier), *Droit administratif*, P.U.F., 5^{ème} édition, juin 2013.

II. Thèses, monographies, ouvrages spéciaux

ALBERTINI (Pierre), *La crise de la loi, Déclin ou mutation ?*, Lexis Nexis, 2015.

ALBIGES (Christophe), *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J, 2000.

AMBRA (Dominique d'), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, L.G.D.J., 1994.

AMSELEK (Paul), *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, 2012.

ARNAUD (André-Jean), *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991.

BALICO (Laurence), **BROUDOUX (Évelyne)**, **CHARTRON (Ghislaine)**, **CLAVIER (Viviane)**, **PAILLIART (Isabelle)**, *L'éthique en contexte info-communicationnel numérique. Déontologie, régulation, algorithme, espace public*, De Boeck Supérieur, 2018.

BARILARI (André), *L'État de droit : réflexion sur les limites du juridisme*, L.G.D.J., 2000.

BÉCANE (Jean-Claude), **COUDERC (Michel)**, **HÉRIN Jean-Louis**, *La loi*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2010.

BENZIMA (Samy), *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n°148, 2017.

BERGEAL (Catherine), *Savoir rédiger un texte normatif*, Berger-Levrault, 3^{ème} édition, 2000.

BONNECASE (Julien), *La pensée juridique française, De 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels (Tome II)*, Delmas éditeur Bordeaux, 1933.

BONNET (Julien), **GAHDOUN (Pierre-Yves)**, *La question prioritaire de constitutionnalité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014.

BONNET (Baptiste) (dir)

- *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, L.G.D.J., 2016.
- *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Lextenso, coll. « Forum », 2013.

BULLIER (Antoine Jean), *La common law*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2016.

CALLEWAERT (Johan), *L'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2013.

CARBONNIER (Jean)

- *Sociologie juridique*, PUF, 2^{ème} édition, 3^{ème} tirage, 2012.
- *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2001.
- *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996.
- *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^{ème} édition, 1995.

CARTIER (Emmanuel) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013.

CAYRET (Étienne), *Le procès de l'individualisme juridique*, Sirey, 1932.

CHATEAU-GRINE (Manon), *La motivation des décisions du juge administratif*, thèse dactylographiée, Nantes, 2018.

COSTA (Jean-Paul), *La Cour européenne des droits de l'homme, des juges pour la liberté*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2017.

DARBELLAY (Jean), *La règle juridique, son fondement moral et social*, Editions de l'œuvre St-Augustin St-Maurice, 1945.

DEBET (Anne), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002.

DESSENS (André), *Essai sur la notion d'équité*, Thèse dactylographiée, 1934.

DISANT (Mathieu), *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2011.

DROUILLER (Camille), *Ordre public et droits fondamentaux. Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne*, IFJD, 2021.

DUCLERCQ (Jean-Baptiste), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n°146, 2015.

DUCOULOMIER (Peggy), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011.

DUPIC (Emmanuel), BRIAND (Luc), *La question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*, PUF, 2013.

- ENGEL (Pascal)**, *La norme du vrai, Philosophie de la logique*, Gallimard, 1989.
- FARCY (Jean-Claude)**, *Histoire de la justice en France, de 1789 à nos jours*, La découverte, 2015.
- FISCHER (Jérôme)**, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- FRIEDMANN (Wolfgang)**, *Théorie générale du droit*, L.G.D.J., 4^{ème} édition, 1965.
- GARAPON (Antoine)**
- *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997.
 - *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996.
- GARRISSON (Francis)**, *Histoire du droit et des institutions, Le pouvoir des temps féodaux à la révolution*, Montchrestien, 1977.
- GÉNY (François)**, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Bruylant, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1919.
- GOMIEN (Donna), HARRIS (David), ZWAAK (Leo)**, *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997.
- GOTTOT (Salomé)**, *La concurrence entre contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité dans l'ordre juridique français. La conciliation des contrôles de régularité de la loi par le juge ordinaire*, thèse dactylographiée, 2016.
- GUIOT (François-Vivien)**, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir juridictionnel*, Institut universitaire Varenne, 2016.
- HAAKONSSSEN (Knud)**, *L'art du législateur, La jurisprudence naturelle de David HUME et d'Adam SMITH*, Léviathan, 1981.
- HAGE (Armand)**, *Le système judiciaire américain*, Ellipses, 2000.
- HALPERIN (Jean-Louis)**, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, L.G.D.J., 1987.
- HARVEY (Malcolm), KIRBY-LÉGIER (Catherine), CHARRET-DEL BOVE (Marion)**, *Droit anglais et américain*, Armand Colin, 2011.
- HOBBS (Thomas)**, *Dialogue entre un philosophe et un légaliste des common laws d'Angleterre*, Vrin, 1990.
- HOUDÉ (Olivier)**, *L'intelligence humaine n'est pas un algorithme*, Odile Jacob, 2019.
- KELSEN (Hans)**, *Théorie pure du droit*, Bruylant, L.G.D.J., 1999.

LANZARA (Delphine), *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, L.G.D.J., Thèses, Bibliothèque de droit privé, 2017.

LARROUTUROU (Thibaut), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, L.G.D.J., 2021.

LAURENT-BOUTOT (Carine), *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, 2006.

LE BOT (Olivier), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, préface B. STIRN, LGDJ, Fondation Varenne, Collection des thèses, n°9, 2007.

LE GAC-PECH (Sophie), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, L.G.D.J., 2000.

LEGRAND (Pierre), SAMUEL (Geoffrey), *Introduction au common law*, La découverte, 2008.

LEMOINE (Yves), *La loi, le citoyen, le juge*, Flammarion, 1990.

LE PAGE (Dominique), LOISEAU (Jérôme), *Pouvoir royal et institutions dans la France moderne*, Armand Colin, 2019.

LETURCQ (Alexandra), *Proportionnalité et droit fondamentaux, Recherches comparées sur le travail du juge américain au regard des expériences canadienne, sud-africaine et de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, 2012.

LORGNIER (Jacques), *Justice & République(s)*, l'Espace Juridique, 1992.

LIU (Wei), *Les méthodes d'interprétation dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme*, ANRT, 2000.

MAGNON (Xavier) (dir.), BERNAUD (Valérie), FOUCHER (Karine), MIGNARD (Jean-Pierre), RENOUX (Thierry-Serge), *QPC : La question prioritaire de constitutionnalité. Pratique et contentieux*, Litec, coll. « Litec professionnel. Procédures », 2011.

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 7^{ème} édition, 2016.

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre) (dir.), *CEDH et droit privé. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, Mission de recherche « Droit et justice », 2001.

MASPÉTIOL (Roland), *L'État devant la personne et la société*, Sirey, 1948.

MAUGÛÉ (Christine), STAHL (Jacques-Henri), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 3^{ème} édition, 2017.

McCLOSKEY (Robert), *La cour suprême des États-Unis*, Vent d'ouest, 1965.

MIMIN (Pierre), *Le style des jugements*, Juris-classeurs, éditions Godde, 1927.

MOUTEL (Béatrice), *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français, essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, 2006, thèse dactylographiée, disponible en ligne sur thèses.fr.

MUZNY (Petr), *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005.

OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel)

- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989.

RAWLS (John)

- *La justice comme équité, Une reformulation de Théorie de la justice*, La découverte, 2020.
- *Théorie de la justice*, Éditions du Seuil, 1997.

REMEDEM (Arnaud), *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, thèse dactylographiée, Université d'Auvergne Clermont I, 2013.

RICOEUR (Paul)

- *Le juste, la justice et son échec*, L'Herne, 2005.
- *Le juste*, Esprit, 1995.
- *Le conflit des interprétations, essais d'herméneutique*, éditions du Seuil, 1969.

RIGAUDIÈRE (Albert), *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica, 5^{ème} édition, 2018.

ROUSSEAU (Dominique) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, coll. « Guide pratique », 2^{ème} édition, 2012.

SALLES (Sylvie), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », n°147, 2016.

SCHAHMANECHE (Aurélia), *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, préface Frédéric SUDRE, Pedone, 2014.

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (Hans-Albrecht), *Idéalité et réalité du droit. Les dimensions du raisonnement judiciaire*, L.G.D.J., 1980.

SÉROUSSI (Rolland), *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, 3^{ème} édition, 2003.

SERVIDIO-DELABRE (Eileen), *Common Law, Introduction to the english and american legal systems*, Dalloz, 2004.

SPARER (Michel), SCHWAB (Wallace), *Rédaction des lois*, Bibliothèque nationale du Québec, 1980.

STELZIG-CARON (Slovia), *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, 2011, thèse dactylographiée, version numérique disponible sur HAL.

TEITGEN-COLLY (Catherine) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : 60 ans et après ?*, actes de colloque du 17 juin 2010 organisé par l'AJCP, LGDJ, 2013.

TINIÈRE (Romain), *L'office du juge communautaire*, Bruylant, 2008.

TRIGEAUD (Jean-Marc), *Essai de philosophie du droit*, Studio editoriale di cultura, 1987.

VÉRON (Noémie), *Protection des données personnelles et renseignement. Contribution à l'identification d'un régime juridique autonome*, thèse dactylographiée, 2021, à paraître aux éditions L.G.D.J.

VILLEY (Michel)

- *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2003.
- *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983.

WEBER (Jean-François), *La cour de cassation*, La documentation française, 2006.

III. Articles, contributions, actes de colloques, chroniques

AFROUKH (Mustapha)

- « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment « dicté » par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF* 2019, chron. n°4.
- « L'objectivation du contrôle », in **TOUZÉ (S.)**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël)**, **BURGORGUE-LARSEN (Laurence)** (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Pedone, 2016, p.100.
- « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2016, p.685.
- « L'identification d'une tendance à l'objectivation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP* 2015/5, p.1355.
- « La modulation des peines », *RFDA* 2012, p.625.

AFROUKH (Mustapha), **BONNET (Julien)**, « La Cour de cassation et les droits et libertés : la revanche », *RDLF* 2022, chron. n°46.

AKANDJI-KOMBÉ (Jean-François)

- « Les appréciations en conventionnalité du Conseil constitutionnel : Autour de la décision SELARL PJA », *AJDA* 2015, p.732.
- « La justiciabilité des droits sociaux de la charte sociale européenne n'est pas une utopie », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.475.
- « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité : Stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D.* 2010, p.1725.

ALBERTON (Ghislaine), « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA* 2005, p.249.

AMSELEK (Paul), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.983.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël)

- « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle limitée dans l'élaboration de sa jurisprudence ? », in **GOUËZEL (Antoine), BINET (Jean-René) (dir.)**, *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.113.
- « La « confiance au public » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.11.
- « À qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe ? », in **FAVREAU (Bertrand) (dir.)**, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.39.
- « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.11.
- « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in **LICHÈRE (François), POTVIN-SOLIS (Laurence), RAYNOUARD (Arnaud) (dir.)**, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.167.
- « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* 2002, p.124.

ANTIPPAS (Jérémy), « Pour une mention par la Cour de cassation des précédents issus du droit public », *D.* 2017, p.1428.

ARRENS (Chantal), « Propos introductif », in **BARTHÉLEMY (Jean), GALANOPOULOS (Philippe), PRÉTOT (Xavier) (dir.)**, *Deux siècles de jurisprudence, La Cour de cassation au service du droit et du justiciable*, Dalloz, 2022, p.1.

ARTINO (Miriam), NOËL (Pierre-Yves), « Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne », *RMCUE* 2010, p.446.

AUDINET (André), « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges offerts à Jean BRETHE DE LA GRESSAYE*, Brière, 1967, p.99.

AULAGNON (Lucien), « Aperçus sur la force dans la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.29.

AUVRET (Patrick), « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », in **RIDEAU (Joël) (dir.)**, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.379.

BADINTER (Robert)

- « L'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.39.
- « La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.143.
- « Les discriminations positives dans l'Union Européenne », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.37.

BAILLEUX (Antoine), BRIBOSIA (Emmanuelle), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in **VAN DROOGHENBROECK (Sébastien), WAUTELET (Patrick) (dir.)**, *Droits fondamentaux en mouvement, Questions choisies d'actualité*, Anthémis, 2012, p.73.

BAILLON-PASSE (Christian), « Premières décisions du juge *a quo* et premiers enseignements sur le traitement de la QPC : le verrou est-il déjà mis ? », *LPA* 2010, n°122.

BARANGER (Denis), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, n°7, 2012, p.13.

BARRAUD (Boris), « La croisée des savoirs. Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *Les cahiers de la justice* 2017, p.121.

BARTHÉLÉMY (Jean), BORÉ (Louis), « Les cas dans lesquels la question de constitutionnalité n'est pas prioritaire », *Constitutions* 2010, p.549.

BÉCHILLON (Denys de)

- « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011/2, n°137, p.33-45.
- « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP* 2010, p.676.
- « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.109.
- « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998, p. 225.

BÉCHILLION (Denys de), MOLFESSIS (Nicolas), « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », *Cah. Cons. Const.*, 2004, n°16, p.99.

BEDJAOUI (Mohammed), « Droits de l'homme : La nécessaire conciliation entre universalité et diversité », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.547.

BELLOUBET (Nicole)

- « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Dr. soc.* 2017 p.388.

- « Repenser le rôle du Conseil constitutionnel, Les rapports entre le Conseil constitutionnel français et les ordres juridiques européens », in **BONNET (Baptiste)** (dir.), *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Lextenso, coll. « Forum », 2013, p.697.

BELTRAME (Pierre), « L'utilisation de l'idée de légitimité dans la vie politique française depuis le XVI^{ème} siècle », in *Études offertes à André AUDINET*, PUF, 1968, p.251.

BENABENT (Alain), « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p.137.

BEIGNIER (Bernard), **BEN HADJ YAHIA (Sonia)**, « Principe de proportionnalité entre droit à la preuve et droit au respect de la vie privée », *D.* 2017, p.490.

BERGER (Vincent)

- « Le « tandem de Strasbourg », ou juges rapporteurs et référendaires à la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.69.
- « Mieux vaut prévenir que guérir, ou comment assurer la cohérence de la jurisprudence de Strasbourg », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.559.
- « La section, formation nouvelle de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.69.

BERNARD-MENORET (Ronan), **FRAISSINIER-AMIOT (Virginie)**, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », *LPA* 05/03/2009 n°46, p.102.

BERRAMDANE (Abdelkhaleq), « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l'Union européenne », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.157.

BERTRAND (Brunessen), « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.* 2012, p.741.

BLUMANN (Claude)

- « L'intégration de la protection des droits fondamentaux dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union », in **TINIÈRE (Romain)**, **VIAL (Claire)** (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.269.
- « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.199.

BINET (Jean-René), « L'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la CEDH », in **GOUËZEL (Antoine)**, **BINET (Jean-René)** (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.79.

BLONDEL (Philippe), « Le point de vue d'un avocat aux Conseils », in **ANCEL (Pascal)**, **RIVIER (Marie-Claire)** (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.227.

BOBBIO (Noberto), « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.53.

BON (Pierre)

- « Le Conseil constitutionnel et la notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.101.
- « Premières questions, premières précisions », *RFDA* 2010, p.679.

BONIN (Pierre), « La coutume entre pluralisme juridique, souveraineté étatique et projections historiographiques : les dictionnaires de l'époque moderne », in *Normes et normativité*, études d'histoire du droit rassemblées en l'honneur d'Albert Rigaudière, Economica, 2009, p.255.

BONNET (Baptiste)

- « Le dialogue des juges, un non-concept... », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.81.
- « La règle de priorité d'examen : fondements, justifications, critiques », in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane) (dir.)**, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.65.
- « Le traitement des divergences de jurisprudence entre le Conseil d'État français et la Cour européenne des droits de l'homme : trois exemples en forme d'illustration », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.273.

BONNET (Julien)

- « Les contrôles de constitutionnalité des lois : concurrents et complémentaires » in **CARTIER (Emmanuel), GAY (Laurence) et VIALA (Alexandre) (dir.)**, *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.197.
- « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/3, n°40, p.105.
- « L'indépendance du contrôle de conventionnalité des lois », in *Indépendance(s)*, études offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, p.1231.

BONNET (Julien), ROBLLOT-TROIZIER (Agnès), « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017, p.821.

BONTINCK (Thierry), « L'effectivité des droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne », in **FAVREAU (Bertrand) (dir.)**, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.101.

BOSSUYT (Marc), « Des limites à la juridiction de la Cour de Strasbourg ? », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.117.

BOUCHET (Marthe), « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC* 2017, p.495.

BOULANGER (François), « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », *AJ fam.* 2016, p.250.

BRACONNIER (Stéphane), « Faut-il avoir peur de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.223.

BRAIBANT (Guy)

- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : occasion manquée ou nouvelle chance ? », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste*, mélanges en hommage à Francis DELPÉRÉE, Bruylant, 2007, p.255.
- « De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.327.

BRENNER (Claude), « Les différentes missions du juge de cassation », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie) (dir.)**, *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.29.

BRETONNEAU (Aurélie), « Référés : l'irrésistible ascension », *AJDA* 2014, p.1484.

BRETONNEAU (Aurélie), DOMINO (Xavier), « QPC : deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA* 2012, p.422.

BRUGUIERE (Jean-Michel), « L'absence d'examen circonstancié déjà dans l'arrêt des Misérables », *JAC* 2016, n°39, p.22.

BRUN (Alain), « La Charte des droits fondamentaux. De la proclamation politique à la constitutionnalisation formelle », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.39.

BRUNETTI-PONS (Clothilde), « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011, 87.

BUAT-MÉNARD (Éloi), « La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes. L'expérience française », *Les cahiers de la justice 2019*, p.269.

BRUNET (François), « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité : les droits de l'homme en suspens », *RFDA* 2022, p.159.

BURGAUD (Fabrice), « Liberté d'expression et respect de la vie privée : quel équilibre au regard de la Convention européenne », *D.* 2015, p.939.

BURGORGUE-LARSEN (Laurence)

- « Irréductible diversité, La Charte des droits fondamentaux aux prises avec la mosaïque étatique », in **BURGORGUE-LARSEN (Laurence) (dir)**, *La charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2017, p.362.

- « « Nothing is perfect » – Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.129.
- « Les droits de l'homme au pays de sa Majesté la Reine Elisabeth II ou la *House of Lords* confrontée au droit de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.567.
- « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, vices et vertus du cosmopolitisme normatif », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.145.
- « De l'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.95.
- « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *RFDA* 2009, p.787.
- « Les juges face à la Charte. De la prudence à l'audace », in **BURGORGUE-LARSEN (Laurence) (dir.)**, *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p.3.
- « Portée de la Charte des droits fondamentaux : la patience est de mise », *AJDA* 2005, p.845.

CALLEWAERT (Johan), « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.93.

CASSESE (Sabino), « L'ordre juridique global », in *Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, 2004, p.7.

CANIVET (Guy)

- « Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, p.367.
- « La Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.141.

CARBONNIER (Jean), « Sur le caractère primitif de la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.109.

CARCASSONNE (Guy), « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *cah. Cons. const.* 1999, n°7.

CARPENTIER (Élise), TRÉMEAU (Jérôme), « La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire. Qu'en pensez-vous ? », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.553.

CARTIER (Emmanuel), BENIGNI (Marina), « L'insoutenable question des effets dans le temps des décisions QPC » in **CARTIER (Emmanuel), GAY (Laurence) et VIALA (Alexandre) (dir.)**, *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque

du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.221.

CASSIA (Paul), SAULNIER (Emmanuelle)

- « Contrôle de constitutionnalité « *a posteriori* » et contrôle de conventionnalité de la loi : une coexistence impossible ? », *D.* 2008, p.166.
- « Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1997, p.411.

CAUNES (Laurent de), « Les avocats et la QPC – Réflexe et tentations », in **MAGNON (Xavier), BIOY (Xavier), MASTOR (Wanda), MOUTON (Stéphane)**, *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Actes du colloque du 11 juin 2011 organisé par l'institut Maurice Hauriou, Bruylant, 2012, p.19.

CHABANOL (Daniel), « La prévention des divergences de jurisprudence au sein de la juridiction administrative », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.179.

CHALTIEL-TERRAL (Florence), « Union européenne et État membre : un ou deux ordre(s) juridique(s) ? », in *Entre les ordres juridiques*, mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT, Presses universitaires juridiques, Coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, p.53.

CHÉNEDÉ (François)

- « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021, p.1142.
- « Le droit civil, au naturel », *RTD Civ.* 2020, p.506.
- « Contre révolution tranquille à la Cour de Cassation », *D.* 2016, p.796.
- « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *RTD civ.* 2014, p.829.
- « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois 2012, p.139.

CHEVALIER (Émilie), « L'application de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne ou le dialogue des juges au péril des droits fondamentaux », in *Entre les ordres juridiques*, mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT, Presses universitaires juridiques, Coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, p.59.

CHEVALIER (Jacques), « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *L'intérêt général*, mélanges en l'honneur du Professeur Didier Truchet, Dalloz, 2015, p.83.

CHEVALIER (Pierre), « De nouveaux horizons pour le contrôle de conventionnalité à la Cour de Cassation ? », *Constitutions* 2014, p.350.

CHRISTIANOS (Vassili), PICOD (Fabrice), « L'apport de la Constitution européenne aux modes de protection des droits de l'homme », in **RIDEAU (Joël) (dir.)**, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.231.

CLAUSEN (Freya), « Le contrôle de proportionnalité par la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA* 2021, p.800.

COHEN-JONATHAN (Gérard)

- « La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.1127.
- « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *in Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.59.

COMBLES DE NAYVES (Pierre), « La chambre criminelle jette le voile sur la Convention européenne », *AJ pénal* 2013, p.400.

CONNIL (Damien), « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *RFDA* 2011, p.742.

CONFORTI (Benedetto), « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *in L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.21.

COSSIO (Carlos), « La norme et l'impératif chez Husserl », *in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.145.

COSTA (Jean-Paul)

- « L'office du juge. En quoi celui de la Cour européenne des droits de l'homme est-il particulier ? », *in* mélanges en l'honneur du Professeur Henri OBERDORFF, LGDJ, 2015, p.3.
- « Les avis consultatifs devant la Cour européenne des droits de l'homme », *in L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.605.
- « La Cour européenne des droits de l'homme au service de la construction européenne », *in Itinéraires d'un constitutionnaliste*, mélanges en hommage à Francis DELPÉRÉE, Bruylant, 2007, p.299.
- « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », *in Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, 2004, p.67.
- « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », *in LICHÈRE (François), POTVIN-SOLIS (Laurence), RAYNOUARD (Arnaud) (dir.), Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.153.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution de la France », *in Le nouveau constitutionnalisme*, mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Economica, 2001, p.241.

- « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.141.

COT (Jean-Pierre), « Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne » in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.155.

COUTRON (Laurent)

- « Contrôle abstrait/contrôle concret : l'impossible systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative au contrôle des actes des États membres », *RDLF* 2019, chron. n°03.
- « L'hypothèse du dépassement du standard conventionnel », in **PICHERAL (Caroline), COUTRON (Laurent) (dir.)**, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, actes de colloque du 21 octobre 2011 organisé par l'IDEDH, Bruylant, 2012, p.2.

CROOKALL (David), « Le jeu de la hiérarchie des normes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Pierre BEGUET*, Faculté de Droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p.297.

CROZE (Hervé), « Le traitement des divergences de jurisprudence (les procédés de traitement et de prévention) », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.207.

DA CUNHA RODRIGUES (José Narciso), « De l'abondance de droits en temps de crise », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.29.

DARBELLAY (Jean), « L'objectivité du droit », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.59.

DEBRÉ (Jean-Louis), « Un renouveau du dialogue constitutionnel » in **CARTIER (Emmanuel), GAY (Laurence) et VIALA (Alexandre) (dir.)**, *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUUV, coll. « Colloques et essais », p.271.

DECAUX (Emmanuel), « L'intérêt général, « peau de chagrin » du droit international des droits de l'homme ? », in *L'intérêt général*, mélanges en l'honneur du Professeur Didier Truchet, Dalloz, 2015, p.118.

DEGUERGUE (Maryse), « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *L'intérêt général*, mélanges en l'honneur du Professeur Didier Truchet, Dalloz, 2015, p.129.

DELMAS-MARTY (Mireille), « La grande complexité juridique du monde », in *Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, 2004, p.89.

DELMOTTE (Philippe), « La familiarisation du juge judiciaire avec la Constitution », in **MAGNON (Xavier), BIOY (Xavier), MASTOR (Wanda), MOUTON (Stéphane)**, *Le*

réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité, Actes du colloque du 11 juin 2011 organisé par l'institut Maurice Hauriou, Bruylant, 2012, p.13.

DEROSIER (Jean-Philippe), « Le dialogue des juges : de l'inexistence d'un concept pourtant éprouvé », in **MENÉTREY (Séverine), HESS (Burkhard)** (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, actes de colloque organisé par l'Institut Marx Planck et l'Université de Luxembourg, Larcier, 2014, p.51.

DE SALAS (Alfonso), « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.579.

DESAULNAY (Olivier), « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011, n°30, p.31.

DE SCHUTTER (Olivier)

- « Le statut de la Charte sociale européenne dans le droit de l'Union européenne » in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.217.
- « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH* 2010, p.535.

DEUMIER (Pascale)

- « Mesurer l'inflation normative », *RTD civ.* 2018, p.611.
- « QPC et jeux d'interprétations », *RTD civ.* 2018, p.615.
- « Effet constitutionnel différé *versus* effet conventionnel immédiat », *RTD civ.* 2018, p.620.
- « La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain », *RTD civ.* 2017, p.600.
- « Réforme de la Cour de cassation, diffusion d'un rapport d'étape », *D.* 2017, p.579.
- « Conventionnalité et constitutionnalité devant les juges du fond » in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane)** (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.55.
- « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie)** (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.83.
- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, p.2022.
- « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », *D.* 2015, p.1720.
- « L'intérêt général « impérieux » et les conflits de normes », in *L'intérêt général*, mélanges en l'honneur du Professeur Didier Truchet, Dalloz, 2015, p.159.
- « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des cours suprêmes », *RTD civ.* 2011, p.495.
- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.* 2010 p.508.
- « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010 p.504.
- « QPC : La question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire) », *RTD civ.* 2010, p.499.

- « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.* 2006, p.510.

DEUMIER (Pascale), FULCHIRON (Hugues), « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence « augmentée » ? », *D.* 2019, p.228.

DISANT (Mathieu), « (Re)penser les rapports entre le Conseil constitutionnel et le juge ordinaire, voies et capacité de régulation interne au prisme des rapports entre ordres juridiques », in **BONNET (Baptiste)** (dir.), *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Lextenso, coll. « Forum », 2013, p.725.

DI MANO (Thierry), « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire)** (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.185.

DOMINO (Xavier), « Contrôle du juge sur les mesures de déchéance de nationalité », *AJDA* 2016, p.1758.

DRAGO (Guillaume)

- « La notion de Cour suprême », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie)** (dir.), *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.21.
- « QPC et jurisprudence constante, fin de partie ? », *Gaz. Pal.*, 2011, n°158, p.11.
- « Le périmètre de la loi », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.661.

DREYER (Emmanuel), « La main invisible de la Cour de cassation », *D.* 2016, p.2473.

DRZEMCZEWSKI (Andrew), « Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.243.

DUBOUT (Édouard)

- « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.183.
- « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », in **TINIÈRE (Romain), VIAL (Claire)** (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.107.
- « Quelle efficacité structurelle du procès constitutionnel ? », in **CARTIER (Emmanuel)** (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p.208 ; ou « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP* 2013, n°1, p.107.

DUBOUT (Edouard), SIMON (Perrine), XENOU (Lamprini), « France », in **BURGORGUE-LARSEN (Laurence)** (dir.), *La charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2017, p.31.

DUCOULOMIER (Peggy)

- « La protection des droits fondamentaux au Royaume-Uni à la croisée des chemins », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.193.
- « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017, p.1778.

DUGRIP (Olivier), « Le dialogue des juges et le contentieux administratif », in **LICHÈRE (François)**, **POTVIN-SOLIS (Laurence)**, **RAYNOUARD (Arnaud)** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.59.

DUPRÉ DE BOULOIS (Xavier)

- « La critique doctrinale des droits de l'homme », *RDLF* 2020, chron. n°38.
- « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », *JCP G.* 2016, n°18, doct. 552, p.937.
- « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015, chron. n°08.
- « Le référé pour autrui », *AJDA* 2013, p.2137.

DUPRÉ DE BOULOIS (Xavier), **MILANO (Laure)**, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2016, p.769.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (Jacqueline)

- « Guy BRAIBANT et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Guy BRAIBANT, juriste et citoyen*, hommage en l'honneur de Guy BRAIBANT, Dalloz, 2011, p.225.
- « Droits fondamentaux : quelle place dans l'architecture de l'Union ? », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.263.
- « Les droits fondamentaux dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en l'honneur du Doyen COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, p.761.
- « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quelle valeur ajoutée, quel avenir ? », *RMCUE* 2000, p.674.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier)

- « Question prioritaire de constitutionnalité – L'effet dans le temps des décisions rendues en matière de QPC, les enseignements de l'affaire Foot Locker », *JCP G* 2018, n°4, doct. 89.
- « QPC et contrôle de conventionnalité : le choix des armes, un enjeu décisif pour les avocats », in **GAÏA (Patrick)**, **VIDAL-NAQUET (Ariane)** (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.15.
- « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : dialogue sans paroles », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.403.

- « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », à l'occasion de la visite de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel le 13 février 2009, site du Conseil constitutionnel.
- « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz 2007, ou site du Conseil Constitutionnel.

DUTHEILLET DE LAMOTHE (Louis), ODINET (Guillaume), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas?* », *AJDA* 2016, p.1398.

EUDES (Marina), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international humanitaire : de la réticence à l'utilisation assumée », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.1249.

FABRE (Alexandre), « La fondamentalisation des droits sociaux en droit de l'Union européenne », in **TINIÈRE (Romain), VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.163.

FALLON (Damien)

- « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », Congrès AFDC, Lille, 2017.
- « Peut-on penser les rapports entre les ordres juridiques ? », in *Entre les ordres juridiques*, mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT, Presses universitaires juridiques, Coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, p.73.

FATTACCINI (Carole)

- « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) », *D.* 2015, p.1734.
- « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation, le point de vue d'un avocat aux Conseils », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie) (dir.)**, *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.229.

FATIN-ROUGE STEFANINI (Marthe), « La singularité du contrôle *a posteriori* exercé par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/1, n°38, p.211.

FAVREAU (Bertrand), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pourquoi ? Comment ? », in **FAVREAU (Bertrand) (dir.)**, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.3.

FELDMAN (Jean-Philippe), BÉCHILLON (Denys de), « Le nouveau rôle du conseil constitutionnel », *Commentaire* 2012/2, n°138, p.467.

FERRAND (Frédérique), « La juridiction suprême en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie) (dir.)**, *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.147.

FERRARO (Francesca), CARMONA (Jesús), « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Le rôle de la Charte après le traité de Lisbonne, mars 2015, site internet du parlement européen.

FLAUSS (Jean-François)

- « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p.2362.
- « La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.343.

FLEURIOT (Caroline), « La charte des droits fondamentaux de L'Union européenne davantage citée par les juridictions », *D. actu.* 24 avril 2012.

FONTBRESSIN (Patrick de), « Les droits de l'homme, principes généraux de vie », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, p.551.

FOSSIER (Thierry), « Comprendre les refus de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité par la Chambre criminelle de la Cour de cassation », *Constitutions* 2012, p.94.

FRAISSE (Régis), « QPC et interprétation de la loi », *LPA* 5 mai 2011, n°89, p.5.

FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Le modèle du Bon Juge Magnaud », in *De code en code*, mélanges en l'honneur du Doyen Georges WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p.335.

FROMONT (Michel)

- « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.149.
- « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme*, mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Economica, 2001, p.167.
- « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, p.156.

FULCHIRON (Hugues)

- « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », in **GOGOS-GINTRAND (Amélie), MORACCHINI-ZEIDENBERG (Stéphanie) (dir.)**, *2010-2020, Une décennie de lutations du droit de la famille*, actes du colloque organisé les 25 et 26 novembre 2021 par le CERFAPS, Dalloz, 2021, p.35.
- « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.245.

GAHDOUN (Pierre-Yves), « Pour la suppression des commentaires », in *Constitution, justice, démocratie*, mélanges en l'honneur du Professeur Dominique ROUSSEAU, L.G.D.J. 2020, p.97.

GAÏA (Patrick)

- « Rapport introductif », in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane)** (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.5.
- « La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels, internationaux et régionaux ? Évolution d'une décennie », table ronde in *AJJC*, XXIX-2013, *Economica*, 2014, p.221.
- « Le Conseil constitutionnel et l'Europe », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.1279.
- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC* 2004, n°58, p.227.

GALANOPOULOS (Philippe), « De la jurisprudence de la Cour de cassation : le nombre, le style et la publicité des arrêts », in **BARTHÉLEMY (Jean), GALANOPOULOS (Philippe), PRÉTOT (Xavier)** (dir.), *Deux siècles de jurisprudence, La Cour de cassation au service du droit et du justiciable*, Dalloz, 2022, p.7.

GALLOUX (Jean-Christophe), GAUMONT-PRAT (Hélène), « Droits et libertés corporels », *D.* 2019 p.725.

GANAGÉ (Léna), « À propos de « l'absolutisme » des droits fondamentaux », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008, p.265.

GARCIA (Kiteri), « CEDH, droit des affaires et QPC », *LPA* 2011, n°194, p.11.

GARCIA (Kiteri), HELLERINGER (Geneviève), « Le rayonnement des droits de l'homme et des droits fondamentaux en droit privé », *RIDC* 2014, n°2, p.283.

GARLICKI (Lech), « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Sur le dialogue des juges », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.271 ; ou bien « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », à l'occasion de la visite de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel le 13 février 2009, site du Conseil constitutionnel.

GARRIGUE (Jean), « Nouveau plaidoyer pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière de filiation », in **GOUËZEL (Antoine), BINET (Jean-René)** (dir.), *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.43.

GATO (Caroline), « L'intérêt de l'enfant exposé aux violences conjugales », *RTD civ.* 2014, p.567.

GAUDIN (Hélène), « Standards nationaux de protection des droits fondamentaux et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, 2018, p.255.

GAUTIER (Marie), « Abandonner la jurisprudence IVG, un combat d'arrière-garde ? », *AJDA* 2016, p.569.

GAUTIER (Pierre-Yves)

- « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Bateur*, LGDJ, 2021, p.55.
- « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.* 2017, p.752.
- « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p.2189.
- « Éloge du syllogisme », *JCP* 2015, 902.
- « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in **LICHÈRE (François)**, **POTVIN-SOLIS (Laurence)**, **RAYNOUARD (Arnaud)** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.203.

GAUTHIER (Catherine), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2021, p.793.

GAY (Laurence)

- « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC » in **CARTIER (Emmanuel)**, **GAY (Laurence)** et **VIALA (Alexandre)** (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.119.
- « Du contentieux a priori au contentieux a posteriori : l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AJIC*, XXIX-2013, *Economica*, 2014, p.55.

GENEVOIS (Bruno)

- « Libres propos d'un justiciable de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.265.
- « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.281.
- « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *cah. Cons. const.* 1999, n°7.

GÉNY (François), « L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Tome I*, études offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J, 1950, p.3.

GERVAIS (André), « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.241.

GERVASONI (Stéphane), « La Cour de justice et le dialogue des juges », in **LICHÈRE (François)**, **POTVIN-SOLIS (Laurence)**, **RAYNOUARD (Arnaud)** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.143.

GLÉNARD (Guillaume), « La conception matérielle de la loi revivifiée », *RFDA* 2005, p.922.

GIRARDOT (Thierry-Xavier), « Le retour de la loi écran devant le juge des référés », *AJDA* 2006, p.1875.

GOESEL-LE BIHAN (Valérie)

- « Le contrôle de proportionnalité au Conseil constitutionnel », *AJDA* 2021, p.786.
- « Le consensus européen : une tentative de démystification », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.277.
- « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *LPA* 05/03/2009 n°46, p.62.

GOETSCHY (Janine), « Construction de l'Europe sociale et droits sociaux », in **RIDEAU (Joël) (dir.)**, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.175.

GOGOS-GINTRAND (Amélie), « La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille : contrôle de constitutionnalité *versus* contrôle de conventionnalité », *D.* 2020, p.2409.

GONZALEZ (Gérard)

- « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.117.
- « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme au dialogue entre les civilisations », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.1529.

GONZALEZ-AGUILAR (Audilio), « Visualisation interactive de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Les cahiers de la jurisprudence* 2019, p.243.

GOUËZEL (Antoine), « Que reste-t-il de la marge nationale d'appréciation en droit de la famille ? », in **GOUËZEL (Antoine), BINET (Jean-René) (dir.)**, *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.31.

GOUTTENOIRE (Adeline), « La Cour européenne des droits de l'homme et les parentés particulières », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.295.

GOUTTES (Régis de)

- « Regards sur l'évolution de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juges français au cours de ces quarante dernières années », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.305.
- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* du 12/06/2007 n°163 p.19.

GRANET-LAMBRECHTS (Frédérique)

- « Droit de la filiation », *D.* 2017 p.729.
- « Droit de la filiation », *D.* 2016 p.857, I-B.

GREWE (Constance),

- « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : à la recherche d'une frontière introuvable », *RFDC* 2014/4, n°100, p.961.
- « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.505.
- « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 2004, vol. 16, p.26.

GRIDEL (Jean-Pierre), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 05/03/2009 n°46, p.113.

GROULIER (Cédric), « Contrôle de conventionnalité de la loi et référé », *AJDA* 2007, p.1274.

GROUSSOT (Xavier), PECH (Laurent), « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne », *Question d'Europe*, n°173.

GUILLAUMÉ (Johanna), « La saga Mennesson : les premières fois... », *D.* 2019, p.2000.

GUILLAUME (Marc)

- « Question prioritaire de constitutionnalité. Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP G* 2012, n°24, doct. 722, p.1176.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.293, ou *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011/3, n°32, p.67.
- « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011/1, n°30, p.49.

GUILLOUD-COLLIAT (Laetitia), « Le dialogue des juges dans l'Union européenne », in mélanges en l'honneur du Professeur Henri OBERDORFF, LGDJ, 2015, p.165.

GUINCHARD (Serge), « L'instrumentalisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les débats français sur le statut du parquet », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.315.

GUINCHARD (Serge), FERRAND (Frédérique), MOUSSA (Tony), « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p.278.

GUYOMAR (Mattias)

- « Contrôle *in concreto* : beaucoup de bruit pour rien de nouveau », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.323.
- « Proportionnalité et contrôle de cassation », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie) (dir.)**, *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.219.
- « Le dialogue des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.311.

GUYON-RENARD (Isabelle), « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2017, p.599, §2.

HALPÉRIN (Jean-Louis), « La jurisprudence de la chambre civile, sa précocité et son enracinement », in **BARTHÉLEMY (Jean)**, **GALANOPOULOS (Philippe)**, **PRÉTOT (Xavier) (dir.)**, *Deux siècles de jurisprudence, La Cour de cassation au service du droit et du justiciable*, Dalloz, 2022, p.19.

HAFTEL (Bernard), « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015, p.1378.

HAUSER (Jean), « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », in *Des liens et des droits, mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p.711.

HILGER (Geoffroy), « Le recours à l'interprétation conforme implicite comme technique de non-renvoi dans les deux ordres juridictionnels », in **CARTIER (Emmanuel)**, **GAY (Laurence)** et **VIALA (Alexandre) (dir.)**, *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.55.

JACQUÉ (Jean-Paul)

- « La Charte et la Cour de justice de l'Union – Un premier bilan sur l'interprétation des dispositions horizontales de la Charte », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.403.
- « Quelle architecture pour l'Europe ? », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.71.

JAMIN (Christophe)

- « Juges : le retour des déformations morbides », *Revue Justice Actualités*, n°24, ENM, décembre 2020, p.41.
- « Les grands mots de la tradition », *D.* 2017, p.1113.
- « Les droits fondamentaux en mal d'enracinement », *D.* 2016, p.2561.
- « Juger et motiver, Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p.263.

JAMMAUD (Antoine), « L'ordre, une exigence du droit ? », in **ANCEL (Pascal)**, **RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.15.

JAURÉGUIBERRY (Arnaud), « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2013, p.10.

JESTAZ (Philippe), « Synthèse », in **ANCEL (Pascal)**, **RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.355.ttted

JESTAZ (Philippe), **MARGUÉNAUD (Jean-Pierre)**, **JAMIN (Christophe)**, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p.2061.

JEULAND (Emmanuel), « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Actes de la Conférence-débat, 24 novembre 2015, *JCP G*, n°1-2, janvier 2016, p.20, ou site internet de la Cour de cassation.

JULIEN-LAFERRIÈRE (François), « Réflexions partielles sur l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à la garantie de quelques droits étrangers », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.755.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (Léon), « François GÉNY et la jurisprudence française », in *Le centenaire du Doyen François GÉNY*, Recueil des conférences prononcées les 27 et 27 octobre 1962, Dalloz, 1963, p.67.

KAHN (Anne-Emmanuelle), « Dialogues des Carmélites : atteinte disproportionnée au droit moral », *JAC* 2016, n°39, p.32.

KARAKAŞ (İşil), « L'effet *erga omnes* des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in **TAVERNIER (Paul)**, **PITTITI (Christophe)**, *La France et la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence en 2009 et 2010*, actes de colloque du 18 novembre 2011 organisé par le CREDHO en collaboration avec l'I.F.D.H.B.P., Nemesis, 2013.

KELSEN (Hans), « Positivisme juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.141.

KOLVER (Anatoly), « Opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et la création de « droits nouveaux » », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.357.

KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS (Sophia), « Les droits sociaux : droits proclamés ou droits irrévocables ? Un appel à la vigilance », in **FAVREAU (Bertrand) (dir.)**, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne*, actes de colloque du 16 mai 2008 organisé par l'IDHAE et le barreau de Luxembourg à la CJUE, Bruylant, 2010, p.265.

KRAEMER (Hannes), « Les nouveaux acteurs dans le domaine de la protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union européenne », in **TINIÈRE (Romain)**, **VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.321.

KRENC (Frédéric), « La comparaison des systèmes de procédure communautaire avec ceux de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.77.

LAAZOUZI (Malik), « Nature juridique des communications entre juges », in **MENÉTREY (Séverine)**, **HESS (Burkhard) (dir.)**, *Les dialogues des juges en Europe*, actes de colloque organisé par l'Institut Marx Planck et l'Université de Luxembourg, Larcier, 2014, p.81.

LABAYLE (Henri)

- « Conclusions générales », in **TINIÈRE (Romain), VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.395.
- « Quelle justice pour l'Europe ? Conclusions », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.259.

LABAYLE (Henri), SUDRE (Frédéric), DUPRÉ DE BOULOIS (Xavier), MILANO (Laure), « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2015, p.512.

LABETOULE (Daniel), « Des *Semoules* à *Nicolo* », *RFDA* 2014, p.585.

LACABARATS (Alain), « Le contrôle exercé par la Cour de cassation », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie) (dir.)**, *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.245.

LACHAUME (Jean-François), « Avant que *Nicolo* ne vienne...quelques remarques sur la présentation de la jurisprudence relative aux engagements internationaux de la France par les traités et manuels de droits administratifs 1958-1989 », in *Entre les ordres juridiques*, mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT, Presses universitaires juridiques, Coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, p.375.

LAMANDA (Vincent), « Le juge judiciaire, juge naturel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.363.

LAMBERT (Jean), « Le rôle de l'enseignement dans la différenciation du système juridique de *common law* et du système juridique de droit civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.295.

LAMBERT (Pierre)

- « Trop de liberté tue la liberté », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.379.
- « Marge nationale d'interprétation et contrôle de proportionnalité », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.63.

LAMY (Bertrand de), « L'exception d'inconstitutionnalité : une vieille idée neuve », in **DRAGO (Guillaume) (dir.)**, *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, Actes du colloque du 4 octobre 2006 par l'Institut Cujas, Dalloz, 2007, p.117.

LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie)

- « À question prioritaire de constitutionnalité, réponse prioritaire », *Dr. fam.* juillet 2010, n°7-8, repère 7.
- « À propos de la question prioritaire de constitutionnalité », *Dr. fam.* juin 2010, n°6, 13.

LARROUTUROU (Thibault), « Priorité d'examen, droit de la CEDH et droit de l'UE », » in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane)** (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.73.

LASSALE (Alice), « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *RDLF* 2018, chron. n°18.

LASSÈGUE (Jean), « L'intelligence artificielle, technologie de la vision numérique du monde », *Les cahiers de la justice* 2019, p.205.

LATIL (Arnaud), « Contrôle de proportionnalité en droit d'auteur », *JAC* 2016, n°39, p.18.

LE BAUT-FERRARESE (Bernadette), « Chronique jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union. Le juge judiciaire acteur de l'intégration normative », *RTD Eur.* 2014, p.435.

LECLERCQ (Claude), « Les droits de l'homme en Europe : Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union », in *La Constitution et les valeurs*, mélanges en l'honneur de Dimitri Georges LAVROFF, Dalloz, 2005, p.219.

LE COTTY (Rachel), ROTH (Cyril), « Les suites des décisions QPC du Conseil constitutionnel dans les juridictions de l'ordre judiciaire », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2015/2, n°47, p.27.

LE GAC-PECH (Sophie)

- « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC* 2017, p.48.
- « Retour sur la proportionnalité », in Mélanges en l'honneur du professeur Françoise DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, Montchrétien, 2012, p.473 et suiv.

LEMOULAND (Jean-Jacques), VIGNEAU (Daniel)

- « Droit des couples », *D.* 2021, p.819.
- « Droit des couples », *D.* 2014, p.1342, I-A-2.

LÉNA (Maud), « Réforme de la Cour de Cassation : remise du rapport de la Commission Jean », *AJ pénal* 2017, p.104.

LESCLOUS (Vincent), « La jurisprudence de la chambre criminelle à travers l'exemple de ses décisions relatives au statut du ministère public », in **BARTHÉLEMY (Jean), GALANOPOULOS (Philippe), PRÉTOT (Xavier)** (dir.), *Deux siècles de jurisprudence, La Cour de cassation au service du droit et du justiciable*, Dalloz, 2022, p.73.

LESSI (Jean), DUTHEILLET DE LAMOTHE (Olivier), « Cinq ans de QPC devant le juge administratif : retour d'expérience », *AJDA* 2015, p.755.

LEVADE (Anne)

- « La QPC et la question de la distinction/fusion des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité » in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane)** (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2

février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.47.

- « Perspectives : confrontation entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité », *AJDA* 2011, p.1257.
- « La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité. Esquisse d'un bilan de la jurisprudence « européenne » récente du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.1291

LÉVY (David), « L'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité : Le point de vue du justiciable et de ses conseils », *AJDA* 2011, p.1251.

LIÉBER (Sophie-Justine), BOTTEGHI (Damien), « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », *AJDA* 2010, p.1355.

LOBIN (Yves), « Les réformes de la Cour de cassation », in *Études offertes à André AUDINET*, PUF, 1968, p.159.

LONGCHAMPS (François), « Sur le problème du droit subjectif dans les rapports entre l'individu et le pouvoir », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Tome I Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p.305.

LOUVEL (Bertrand), « Réflexions à la Cour de Cassation », *D.* 2015, p.1326.

MAGNON (Xavier)

- « Le contrôle de conventionnalité depuis la QPC », in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane)** (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.41.
- « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre « autorité » et « force » de chose jugée », *RFDA* 2013, n°4, p.859.
- « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ? », in **MAGNON (Xavier), BIOY (Xavier), MASTOR (Wanda), MOUTON (Stéphane)**, *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Actes du colloque du 11 juin 2011 organisé par l'institut Maurice Hauriou, Bruylant, 2012, p.167.
- « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA* 2011, n°4, p.761.

MABILLEAU (Albert), « Sur une interprétation de Montesquieu : le régime britannique en dehors du temps », in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, Brière, 1967, p.501.

MAHINGA (Jean-Grégoire), « Propos sur la Cour de Cassation », *LPA* du 28/09/2015 n°193, p.7.

MALAURIE (Philippe)

- « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, p.768.

- « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP G* 2016, 318.
- « Réforme la Cour de cassation, oui ou non ? », *Gaz. Pal.* 7 nov. 2015, n° 311, p.12.

MALENOVSKÝ (Jiří), « Les écueils de la reconduction des juges internationaux », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.121.

MALHIÈRE (Fanny), « L'autorité du juge à l'épreuve (du refus) de son pouvoir d'interprétation », *Les cahiers de la justice* 2020, p.633.

MALINVAUD (Philippe), « Le principe de proportionnalité et le droit de la construction », *RDI* 2016, p.437.

MARCIALI (Sébastien), « Les rapports entre les systèmes européens de protection des droits fondamentaux », in **RIDEAU (Joël) (dir.)**, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.345.

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre)

- « Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : le passé d'un avenir », *D.* 2020, p.2129.
- « L'appréhension du principe de proportionnalité par les juridictions françaises », *RTDH* 2020/2, p.139.
- « Le contrôle de comparabilité des situations familiales par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.443.
- « L'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle concret de conventionnalité », *RDLF* 2018, chron. n°25.
- « Le droit au sourire », in *Entre les ordres juridiques*, mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT, Presses universitaires juridiques, Coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, p.859.
- « Le rayonnement interprétatif de la version française de la CEDH », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.557.
- « QPC, piège à c... Libres propos d'un « droit de l'hommiste » sur la mise en œuvre de la QPC », in *Questions de droit pénal international, européen et comparé, Mélanges en l'honneur du Professeur Alain FOURNIER*, Presses universitaires de Nancy, 2013, p.326.
- « Conclusions générales », *LPA* du 05/03/2009 n°46, p.119.
- « Les divergences de jurisprudence. La question en droit européen et communautaire », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.261.
- « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.231.

MARTENS (Paul), « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, 1992, p.49.

MARZAL (Toni), « La Cour de cassation à « l'âge de la balance ». Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD Civ.* 2017, p.789.

MASSON (Charles), « L'ordre public familial en péril ? », *RTD Civ.* 2018, p.809.

MASSOT (Jean), « Le juge et les validations législatives : un chœur à cinq voix non sans dissonances », in *Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p.708.

MASTOR (Wanda), « La QPC au cœur du dialogue – conflit ? – des juges », in **MAGNON (Xavier)**, **BIOY (Xavier)**, **MASTOR (Wanda)**, **MOUTON (Stéphane)**, *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Actes du colloque du 11 juin 2011 organisé par l'institut Maurice Hauriou, Bruylant, 2012, p.143.

MATHIEU (Bertrand)

- « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la protection des droits individuels », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.453.
- « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : coexistence-autorité-conflits-régulation », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2011/3, n°32, p.45.
- « Question prioritaire de constitutionnalité – La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCG G* 2010, n°17, p.464.

MATHIEU-IZORCHE (Marie-Laure), « Les procédés discursifs d'amplification ou de réduction des divergences », in **ANCEL (Pascal)**, **RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.93.

MATSCHER (Franz), « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes de colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.15.

MAUBERNARD (Christophe), « Prendre la promotion externe des droits de l'homme par l'Union européenne « au sérieux » », in **TINIÈRE (Romain)**, **VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.295.

MAURO (Christina), « Le rôle des juridictions répressives dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in **RIDEAU (Joël) (dir.)**, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.277.

MAURY (Jacques), « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Tome I*, études offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, p.28.

MAYALI (Laurent), « La sélection des juges aux États-Unis », in **KRYNEN (Jacques)**, *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, collection Droit et justice, 1999, p.253.

MAZABRAUD (Bertrand)

- « Dernières nouvelles de l'équité », *Les cahiers de la justice*, 2022, p.33.
- « Phénoménologie du jugement judiciaire », *Les cahiers de la justice* 2020, p.647.

MAZEAUD (Pierre), « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », discours prononcé par le président Pierre Mazeaud le 3 janvier 2005 à l'Élysée, lors de l'échange de vœux avec le président de la République, *JCP ACT*, 2005, 1035.

MAZIAU (Nicolas), « L'appréhension de la Constitution par la Cour de cassation au travers de l'analyse de l'évolution de son mode de contrôle : la révolution de la QPC cinq ans après l'entrée en vigueur de la réforme », *RFDC*, 2015/2, n°102, p.453.

MAZOWIECKI (Tadeusz), « « Se comprendre » : un défi pour l'Europe », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.357.

MÉNARD (Benjamin), « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », *RTD civ.* 2022, p.1.

MENÉTREY (Séverine), « Dialogues et communications entre juges : pour un pluralisme dialogal », in **MENÉTREY (Séverine)**, **HESS (Burkhard)** (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, actes de colloque organisé par l'Institut Marx Planck et l'Université de Luxembourg, Larcier, 2014, p.115.

MENECEUR (Yannick), **BARBARO (Clementina)**, « Intelligence artificielle et mémoire de la justice : le grand malentendu », *Les cahiers de la justice* 2019, p.277.

MÉTAIRIE (Guillaume), « L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre révolutions et monarchies (1789-1814) », in **KRYNEN (Jacques)**, *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, collection Droit et justice, 1999, p.21.

MICHEL (Valérie), « Les conventionnels face à la Charte », in **BURGORGUE-LARSEN (Laurence)** (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p.65.

MILANO (Laure), « La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits de la défense, une jurisprudence en déconstruction », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.483.

MILLET (François-Xavier)

- « À la lumière de la Charte », in **BURGORGUE-LARSEN (Laurence) (dir)**, *La charte des droits fondamentaux saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2017, p.9.
- « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012, p.307.

MOLFESSIS (Nicolas)

- « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs* 2011, n°137, p.83.
- « La jurisprudence *supra constitutionnem* », *JCP gé.* 2010, doct. 1039.

MONTECLER (Marie-Christine de), « Un contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D. actu.* 02/06/2016.

MOULY (Jean), « L'inconventionnalité du barème : une question de proportionnalité ? », *Dr. soc.*, 2019, p.234.

MOURGEON (Jacques), « Les droits de l'être humain, destructeurs de sa liberté », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.391.

NAIM-GESBERT (Eric), « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *LPA* du 05/03/2009 n°46, p.54.

NIVARD (Carole)

- « Les conditions d'application de la Charte des droits fondamentaux », in **BIAD (Abdelwahab), PARISOT (Valérie)**, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application*, Nemesis, Anthemis, 2018, p.31.
- « Le régime du droit de propriété », *RFDA* 2012, p.632.

PACTEAU (Bernard), « Le juge administratif et l'interprétation européenne », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.251.

PAILLER (Ludovic)

- « Application et potentialités de la Charte des droits fondamentaux en droit civil – Aspects substantiels », *RDLF* 2022, chron. n°49.
- « L'invocabilité de la Charte des droits fondamentaux », in **CLÉMENT-WILZ (Laure) (dir.)**, *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, 2019, p.121.

PARDINI (Jean-Jacques)

- « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de constitutionnalité des lois », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p.223.
- « L'opération de qualification des faits dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.335.

PASTRE-BELDA (Béatrice)

- « Et si la Cour européenne renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH* 2015-201, p.92.
- « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH* 94/2013, p.251.

PATTERSON (Edwin Wilhite), « L'influence des faits sur les jugements de valeur juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.197.

PELIN-RADUCU (Ioana), « Le dialogue entre les juges en matière de protection des droits de l'homme », in **MENÉTREY (Séverine)**, **HESS (Burkhard)** (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, actes de colloque organisé par l'Institut Marx Planck et l'Université de Luxembourg, Larcier, 2014, p.155.

PELLÉ (Sébastien)

- « Contrôle de proportionnalité et droit pénal : quelle « doctrine » pour la chambre criminelle ? », *D.* 2022, p.1186.
- « Métamorphoses de la loi et contrôle de proportionnalité », in *Les métamorphoses de la loi*, Hommage à Jean FOYER, Panthéon-Assas, 2022, p.347.
- Conflits de normes et interprétations créatrices de la loi, *D.* 2015, p.333.

PELLONPÄÄ (Matti), « Le droit de l'Union européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.351.

PERDRIOLLE (Sylvie), **POILLOT-PERUZZETTO (Sylvaine)**, **RASS-MASSON (Lukas)** (dir.), Cycles de conférences : penser l'office du juge, conférence conclusive, *D.* 2022, p.1212.

PERELMAN (Charles), « À propos de la règle de droit, réflexions de méthode », in **PERELMAN (Charles)** (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p.313.

PERRIER (Jean-Baptiste), « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : de la réticence à la diligence », *RFDC* 2010, n°84, p.793.

PETTITI (Christophe)

- « La place des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Quelle justice pour l'Europe ? La Charte des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe*, actes de colloque du 3 et 4 octobre 2003 organisé par l'UAE et l'IDHAE, Bruylant, 2004, p.107.
- « La protection des droits sociaux fondamentaux à l'aube du troisième millénaire », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.613.

PFERSMANN (Otto), « Le renvoi préjudiciel sur l'exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret *a posteriori* », *LPA* 2008, n°254, p.103.

PHILIP (Loïc)

- « Le dialogue des juges et l'élargissement de la compétence du Conseil constitutionnel » in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.840.

- « Dialogue sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.361.

PIANA (Daniela), « La justice numérique : un panorama européen », *Les cahiers de la justice* 2019, p.257.

PICHERAL (Caroline)

- « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in **SUDRE (Frédéric)** (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.87.
- « Le mode d'ajustement de la Cour européenne des droits de l'homme au droit communautaire, Mérites et limites de la théorie de l'équivalence », in **PICHERAL (Caroline)**, **COUSTRON (Laurent)** (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, actes de colloque du 21 octobre 2011 organisé par l'IDEDH, Bruylant, 2012, p.69.

PICOD (Fabrice)

- « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne. Condition énigmatique d'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.559.
- « La hiérarchisation des sources au sein de l'article 6 TUE », in **TINIÈRE (Romain)**, **VIAL (Claire)** (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.43.
- « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.527.
- « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in **SUDRE (Frédéric)** (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.289.

PIERRON (Jean-Philippe), « Le poids de l'expérience. Les valeurs du métier de magistrat dans l'œuvre de justice », *Les cahiers de la justice*, 2022, p.87.

PINGEL (Isabelle), « La traduction des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Question de justice linguistique », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.569.

PIWNICA (Emmanuel), « Le changement de culture opéré par l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2018/1, n°58, p.19.

PLATON (Sébastien)

- « L'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux États membres. Retour sur l'arrêt *Fransson* de la Cour de justice du 26 février 2013 », in *Entre les ordres juridiques*, mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT, Presses universitaires juridiques, Coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, p.421.

- « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », in **TINIÈRE (Romain), VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.67.
- « Les interférences entre l'office du juge ordinaire et celui du Conseil constitutionnel : « malaise dans le contentieux constitutionnel » ? », *RFDA* 2012, p.639.

POLACEK (Adalbert), « Les droits fondamentaux de l'homme et les humbles », in *Hommages à Gérard BOULVERT*, Centre d'Histoire du Droit du L.A.R.J.E.P.Y.A.E., 1987, p.407.

POILLOT-PERUZZETTO (Sylvaine)

- « Le processus d'uniformisation des jurisprudences par les cours européennes et les juges nationaux », *D.* 2020, p.997.
- « L'impérativité européenne, du malaise du mouvement à la solidité du fondement », *D.* 2019, p.448.

POISSON (Jacques), « La protection internationale des droits de l'homme : moyen de renforcement du parlement européen », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.141.

POLLAUD-DULIAN (Frédéric), « *Quo vadis Lex ?* », *RTD com.* 2016, p.641.

PONTHOREAU (Marie-claire), « La fin du nationalisme méthodologique », in *Entre les ordres juridiques*, mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUËT, Presses universitaires juridiques, Coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2015, p.157.

PONTIER (Jean-Marie), « La balance des intérêts », *AJDA* 2021, p.1309.

POPOVIĆ (Dragoljub), « Aspects créatifs de l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.511.

PORTIER (Julien), « L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union en droit pénal : difficultés et opportunités d'une jurisprudence encore en construction », *RDLF* 2022, chron. n°50.

POTVIN-SOLIS (Laurence), « Le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne dans la garantie des droits fondamentaux », in *Les droits de l'Homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.591.

POUMARÈDE (Jacques), « L'élection des juges en débat sous la III^{ème} république », in **KRYNEN (Jacques)**, *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, collection Droit et justice, 1999, p.113.

POVIN-SOLIS (Laurence), « Le concept de dialogue des juges en Europe », in **LICHÈRE (François), POTVIN-SOLIS (Laurence), RAYNOUARD (Arnaud) (dir.)**, *Le dialogue entre*

les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.19.

PRADEL (Jean), « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.* 2019, p.490.

PRÉTOT (Xavier), « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... », in *Le nouveau constitutionnalisme*, mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Economica, 2001, p.219.

PRÉVOST (Xavier), « La notion de norme ayant force de loi dans l'œuvre de Jacques Cujas », in *Normes et normativité*, études d'histoire du droit rassemblées en l'honneur d'Albert Rigaudière, Economica, 2009, p.213.

PUGSLEY (David), « Les divergences de jurisprudence dans la *common law* », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.303.

PUIG (Pascal), « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016, p.70.

RAOUL-CORMEIL (Gilles), « La Cour EDH et la prévisibilité des décisions en droit de la famille », in **GOUËZEL (Antoine), BINET (Jean-René) (dir.)**, *La CEDH et le droit de la famille*, IFJD, 2021, p.15.

RAVARANI (Georges), « La sanction du non-respect, par les autorités luxembourgeoises, du droit de l'Union », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.165.

REDOR-FICHOT (Marie-Joëlle), « Disposition invocables et justiciabilité des droits de l'homme devant le juge administratif français », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.947.

REILING (Dory), « Quelle place pour l'intelligence artificielle dans le processus de décision d'un juge ? », *Les cahiers de la justice* 2019, p.221.

RENOUX (Thierry Serge)

- « *Mater semper certa est* : brèves réflexions sur la gestation pour autrui et le principe d'égalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.633.
- « Réflexions conclusives » » in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane) (dir.)**, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.85.

RESS (Georges), « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.519.

RIALS (Stéphane), « Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Quelques observations sur le glissement du jusnaturalisme moderne au volontarisme révolutionnaire », in *La philosophie*

à l'épreuve du phénomène juridique : droit et loi, actes de colloque organisé à Aix-en-Provence les 22 et 23 mai 1985 par l'Association Française de Philosophie du droit, PUAM, 1987, p.91.

RICCI (Jean-Claude), « Droit et loi chez les légalistes », in *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : droit et loi*, actes de colloque organisé à Aix-en-Provence les 22 et 23 mai 1985 par l'Association Française de Philosophie du droit, PUAM, 1987, p.105.

RIGAUX (François), « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.41.

RIPOCHE (Elléa), « Les divergences de jurisprudence devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'émergence d'un droit à une jurisprudence équitable », *RTD Civ.* 2022, p.25.

RITLENG (Dominique), « L'institutionnalisation du dialogue : perspectives d'avenir pour la Cour de justice des Communautés européennes et pour la Cour européenne des droits de l'homme », in **LICHÈRE (François)**, **POTVIN-SOLIS (Laurence)**, **RAYNOUARD (Arnaud) (dir.)**, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.211.

ROBLOT-TROIZIER (Agnès)

- « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/3, n°40, p.49.
- « Les cours suprêmes et l'interprétation de la loi », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2013/1, n°38, p.216.

ROSSETO (Jean), « Vers la reconnaissance d'un socle de droits fondamentaux dans l'Union européenne : la contribution du groupe d'expert Simitis », in *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.417.

ROSSI (Lucia Serena), « Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le traité de Lisbonne », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.609.

ROTA (Marie), « Le cadre interprétatif de la Charte des droits fondamentaux (articles 52 à 54) », in **BIAD (Abdelwahab)**, **PARISOT (Valérie)**, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application*, Nemesis, Anthemis, 2018, p.77.

ROUBIER (Paul)

- « De la légitimité des situations juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.265.
- « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Tome I*, études offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, p.9.

ROUSSELET-PIMONT (Anne), « Normes et ordres juridiques dans les *Discours notables* de Gilbert Maistre », in *Normes et normativité*, études d'histoire du droit rassemblées en l'honneur d'Albert Rigaudière, Economica, 2009, p.189.

ROUSSEAU (Dominique)

- « Les droits de l’homme sont-ils anti-démocratiques ? », in *Les droits de l’homme à la croisée des droits*, mélanges en l’honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.655.
- « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l’honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.887.

ROUSSEL (Sophie), « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 2021, p.780.

ROUVIÈRE (Frédéric)

- « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD civ.* 2022, p.504.
- « Que nous apprend la balance des intérêts pratiquée en droit administratif ? », *RTD Civ.* 2021, p.980.
- « Le droit est-il une science si ses résultats ne sont pas reproductibles ? », *RTD civ.* 2021, p.747.
- « La divergence de jurisprudence, entre savoir et pouvoir », *RTD Civ.* 2021, p.745.
- « Proportionnalité : Aristote et Thomas d’Aquin à la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2021, p.741.
- « Existe-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *Revue Justice Actualités*, n°24, ENM, décembre 2020, p.35.
- « La proportionnalité en quête de mesure », *RTD civ.* 2018, p.257.
- « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p.118.
- « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.* 2016, p.286.

ROUX (Jérôme), « La QPC menace-t-elle l’indépendance du Conseil d’Etat et de la Cour de cassation vis-à-vis du Conseil constitutionnel ? », in *Indépendance(s)*, études offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, p.1253.

ROUYÈRE (Aude), « L’affaire *Lambert* devant la Cour européenne des droits de l’homme. Un épuisement processuel », in *Les droits de l’homme à la croisée des droits*, mélanges en l’honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.675.

RUBI-CAVAGNA (Eliette), « La chambre criminelle de la Cour de cassation et les divergences de jurisprudence », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l’Université de Saint-Étienne, 2003, p.167.

SAAS (Claire), « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *Crim.*, 01/02/2017, n°15-83.984, n°15-85.199, n°15-84.511, *D.* 2017, p.961.

SAINT-PAU (Jean Christophe), « Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée », *D.* 2016, p.884.

SALVE de BRUNETON (Jean de), « Accès au juge de cassation et traitement des affaires, le point de vue d’un avocat aux Conseils », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie) (dir.)**, *L’accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.107.

SALVIA (Michel de), « Balayage informel et critique des tenants et des aboutissants de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in Les droits de l'homme en évolution*, mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p.445.

SAMUEL (Xavier), « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », exposé présenté à l'occasion de l'accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007, site internet du Conseil constitutionnel.

SARGOS (Pierre), « Il n'y a, pour toute la République, qu'une seule justice », *JCP G* 2016, n°24, doctr. 697.

SAURON (Jean-Luc), « Les divergences de jurisprudence. Le traitement des divergences de jurisprudence. La question en droit communautaire et européen », *in ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.), Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.283.

SAUVÉ (Jean-Marc)

- « Entre rédemption et persévérance, vers un rééquilibrage des principes de subsidiarité et d'effectivité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.711.
- « Le juge administratif et les droits fondamentaux », *AJDA* 2016, p.2420.

SAVATIER (René), « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui : structures matérielles et structures juridiques », *in Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Tome I*, études offertes à Georges RIPERT, L.G.D.J., 1950, p.75.

SAYN (Isabelle), « Connaître la production des juridictions ou prédire les décisions de justice ? », *Les cahiers de la justice* 2019, p.229.

SCHAHMANECHE (Aurélia), « Brèves réflexions sur ce qui fait la grandeur d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.711.

SCHMITT (Marie-José), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, un guide de lecture à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Charte sociale européenne (révisée) », mai 2008, site internet du Conseil de l'Europe.

SERMET (Laurent), « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », *LPA* du 05/03/2009 n°46, p.26.

SERVERIN (Evelyne), « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », *in ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.), Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.73.

SILANCE (Luc), « La règle de droit dans le temps », in **PERELMAN (Charles)** (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p.50.

SIMON (Denys)

- « Les « notions autonomes » en droit de l'Union », in mélanges en l'honneur du Professeur Henri OBERDORFF, LGDJ, 2015, p.93.
- « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *Rev. Crit. DIP* 2011, p.1.

SIMON (Denys), **RIGAUX (Anne)**, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2010/3, n°29, p.63.

SLAMA (Serge), « Une décision de la Cour EDH condamnant la France constitue un changement de circonstances de droit permettant de surmonter un brevet de constitutionnalité », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 29 août 2014.

SOULARD (Christophe), « La Cour de cassation et le dialogue des juges », in **LICHÈRE (François)**, **POTVIN-SOLIS (Laurence)**, **RAYNOUARD (Arnaud)** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.95.

SOUVIGNET (Xavier), « Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme : dialogue des juges ou objectivité des droits fondamentaux ? », in **MENÉTREY (Séverine)**, **HESS (Burkhard)** (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, actes de colloque organisé par l'Institut Marx Planck et l'Université de Luxembourg, Larcier, 2014, p.141.

SOYER (Jean-Claude), « Légitimité supranationale des justices nationales », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.767.

SPIELMANN (Daniel), « La prise en compte et la promotion du droit communautaire par la Cour de Strasbourg », in *Les droits de l'homme en évolution*, mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p.455.

STAHL (Jacques-Henri), « La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité », in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.993.

STIRN (Bernard)

- « Référé-liberté et Convention européenne des droits de l'homme, un même combat ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.743.
- « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? » in **GAÏA (Patrick)**, **VIDAL-NAQUET (Ariane)** (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.21.

- « L'Europe, terre de liberté et foyer de la démocratie », *in* mélanges en l'honneur du Professeur Henri OBERDORFF, LGDJ, 2015, p.87.
- « Le Conseil d'État et le dialogue des juges », *in* LICHÈRE (François), POTVIN-SOLIS (Laurence), RAYNOUARD (Arnaud) (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, incantation ou réalité ?*, actes de colloque du 10 février 2003 organisé par l'Université de Metz, Nemesis, Bruylant, 2004, p.81.

SPIELMANN (Dean), « « Obligations positives » et « effet horizontal » des dispositions de la Convention », *in* SUDRE (Frédéric) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.133.

SUDRE (Frédéric)

- « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n°16 – Une embellie pour la Convention EDH ? », *JCP G* 2018, doct. 473.
- « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017, doct. 289, p.502.
- « La mystification du « consensus » européen », *JCP G* 2015, doct. 1369.
- « Le recadrage de l'office du juge européen », *in* SUDRE (Frédéric) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.239.
- « De QPC en QPC...ou le Conseil constitutionnel, juge de la Convention EDH », *JCP G*, n°41, 6 octobre 2014, doct. 1027, p.1799.
- « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G* 2013, doct. 1086.
- « Défense des droits et libertés et dialogues des juges de l'urgence », *in* *Indépendance(s)*, études offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN, Université de Montpellier I, CREAM, 2012, p.1293.
- « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, L'équivalence dans tous ses états », *in* PICHERAL (Caroline), COUTRON (Laurent) (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, actes de colloque du 21 octobre 2011 organisé par l'IDEDH, Bruylant, 2012, p.45.
- « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », *in* *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.597.
- « Du « dialogue des juges » à l'euro-compatibilité », *in* *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS, Dalloz, 2009, p.1015.
- « L'exception d'inconstitutionnalité, un chantier difficile », *RDP* 2009, p.671.
- « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, n°28, doct. 335.
- « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *in* *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, mélanges en l'honneur à Pierre Lambert, Bruylant, 2000, p.821.
- « Petit lexique de la pratique française de la Convention européenne des droits de l'homme », *in* *Territoires & Liberté*, mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2000, p.431.
- « Le recours aux « notions autonomes » », *in* SUDRE (Frédéric) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque

des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.93.

- « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système de protection des droits de l'homme ? », *JCP G* 1998, n°1, doctr. 100.

SUEUR (Jean-Jacques), « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », in **RIDEAU (Joël) (dir.)**, *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p.15.

SZYMCZAK (David)

- « La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne », in **TINIÈRE (Romain), VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.357.
- « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice n°108, Némésis-Anthémis, 2014, p.15.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : l'euphémisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français », *Jus politicum*, 2012, n°7.
- « *Arx tarpeia capitolis proxima* », *Rev. UE* 2001, p.636.

TAMMELO (Ilmar), « La « ratio decidendi » et la règle de droit », in **PERELMAN (Charles) (dir.)**, *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p.123.

TAVERNIER (Paul)

- « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne du 18 décembre 2014 », in **BIAD (Abdelwahab), PARISOT (Valérie)**, *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bilan d'application*, Nemesi, Anthemis, 2018, p. 19.
- « Réflexions critiques à propos de la transparence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.743.
- « Réflexions sur le rôle de Mentor du juge des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme en évolution*, mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p.479.
- « L'étendue de la compétence de l'organe de contrôle », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.175.

TERRÉ (François), « La crise de la loi », *Archives de philosophie du droit, Tome 25, La loi*, Sirey, 1980, p.17.

TEYSSIER (Céline), ROOSE (Philippe), ADRIANIRINA (Diane), *La transparence des algorithmes*, Les convergences du droit et du numérique, 2018.

THEILLARD (Jacques), « Common Law et Roman Law », in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, Brière, 1967, p.781.

THÉRY (Philippe), « Cours suprêmes : essai – manqué – de typologie de définition », in **DRAGO (Guillaume)**, **FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte)**, **GORÉ (Marie) (dir.)**, *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.15.

TINIÈRE (Romain)

- « La Cour de justice de l'Union européenne et la globalisation des sources de protection des droits fondamentaux », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, mélanges en l'honneur de Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p.781.
- « Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme – Entre équivalence et complémentarité », *RFDA* 2012, p.621.
- « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *RDLF* 2017, chron. n°17.
- « Confiance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Union européenne », in mélanges en l'honneur du Professeur Henri OBERDORFF, LGDJ, 2015, p.71.
- « Le principe d'alignement sur le standard conventionnel », in **PICHERAL (Caroline)**, **COUTRON (Laurent) (dir.)**, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, actes de colloque du 21 octobre 2011 organisé par l'IDEDH, Bruylant, 2012, p.3.

THÉRY (Philippe), « Cours suprêmes : essai - manqué - de typologie et de définition », *D.* 2015, p.1731.

TOADER (Camélia), « La Cour de justice de l'Union européenne, gardienne des droits fondamentaux », in **TINIÈRE (Romain)**, **VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.379.

TRANCHANT (Baptiste), « L'articulation entre le droit de l'Union européenne et le droit international », in **TINIÈRE (Romain)**, **VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.87.

TROPER (Michel), « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 2, Bruylant, 2004, p.1571.

TULKENS (Françoise)

- « L'ombre de Marcks : pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme et la société internationale*, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.1089.
- « Brèves réflexions sur le juge national », in *La conscience des droits*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA, Dalloz, 2011, p.649.
- « Pour et vers une organisation harmonieuse », *RTD eur.* 2011, p.27.

VANDER VEN (Josephus Joannes Maria), « Vers une philosophie des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.341.

VERPEAUX (Michel), « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Nouv. Cah. Cons. const.* 2011/1, n°30, p.11.

VIAL (Claire), « La méthode d'ajustement de la Cour de justice de l'Union européenne : quand indépendance rime avec équivalence », in **PICHERAL (Caroline), COUTRON (Laurent) (dir.)**, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, actes de colloque du 21 octobre 2011 organisé par l'IDEDH, Bruylant, 2012, p.93.

VIAL (Claire), TINIÈRE (Romain), « Propos introductifs. L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question », in **TINIÈRE (Romain), VIAL (Claire) (dir.)**, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, entre évolution et permanence*, actes de colloque des 19 et 20 juin 2014 organisé par le CEDECE et l'IDEDH, Bruylant, 2015, p.9.

VIALA (Alexandre), « De la puissance de la QPC à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP* 2011, n°4, p.965.

VIDAL-NAQUET (Ariane)

- « Vers la « conventionnalisation » du contrôle de constitutionnalité ? » in **GAÏA (Patrick), VIDAL-NAQUET (Ariane) (dir.)**, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, Actes du colloque du 2 février 2015 organisé par l'institut Louis Favoreu, *Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu n°1*, PUAM, 2016, p.29.
- « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in **GAY (Laurence) (dir.)**, *La question prioritaire de constitutionnalité, Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p.175.

VIGNEAU (Daniel), « La guerre des 'trois' aura bien lieu ! À propos de l'application dans le temps du dispositif 'anti-Perruche' », *D.* 2012, p.323.

VIGNEAU (Vincent), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p.123.

VIGUIER (Jacques), « Intérêt général et intérêt national », in *L'intérêt général*, mélanges en l'honneur du Professeur Didier Truchet, Dalloz, 2015, p.651.

VILLEY (Michel), « Préface au « De Cive » : Hobbes en notre temps », *Archives de philosophie du droit, Tome 25, La loi*, Sirey, 1980, p.285.

WACHSMANN (Patrick)

- « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit*, mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François FLAUSS, Pedone, 2014, p.797.
- « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA* 2007, p.58.
- « Conclusions », in **SUDRE (Frédéric) (dir.)**, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p.335.

WALINE (Marcel), « Empirisme et conceptualisation dans la méthode juridique. Faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.359.

WARUSFEL (Bertrand)

- « Les juridictions suprêmes dans l'ordre interne », in **E. CARTIER** (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p.248.
- « L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel », in **E. CARTIER** (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p.86.

WARUSFEL (Bertrand), JAURÉGUIBERRY (Arnaud), « Le Conseil constitutionnel dans le concret juridictionnel européen : de la concurrence impossible au partenariat normatif », in **CARTIER (Emmanuel), GAY (Laurence) et VIALA (Alexandre)** (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Actes du colloque du 24 mars 2014 organisé par l'Institut Universitaire Varenne, IUV, coll. « Colloques et essais », p.163.

WEBER (Albrecht), « Double ou triple protection des droits fondamentaux en Europe ? », in *Renouveau du droit constitutionnel*, mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p.1747.

WEBER (Jean-François), « L'accès au juge de cassation et le traitement des pourvois par la Cour de cassation française », in **DRAGO (Guillaume), FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), GORÉ (Marie) (dir.)**, *L'accès au juge de cassation*, actes de colloque du 15 juin 2015, SLC, 2015, p.59.

WEISSE-MARCHAL (Claudie), « L'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les ordres juridiques nationaux », *Rev. UE* 2013 p.60

WEITZEL (Luc), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression », in *L'Europe des droits fondamentaux*, mélanges en hommage à Albert Weitzel, Pedone, 2013, p.225.

WINTGENS (Luc), « La nouvelle rhétorique et le droit », in *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : droit et loi*, actes de colloque organisé à Aix-en-Provence les 22 et 23 mai 1985 par l'Association Française de Philosophie du droit, PUAM, 1987, p.139.

WORTLEY (B. A.), « Droit, loi et souveraineté », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Tome I, Sirey, 1963, p.397.

WROBLEWSKI (Jerzy), « La règle de décision dans l'application judiciaire du droit », in **PERELMAN (Charles)** (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p.68.

YACOUB (Joseph), « L'universalité des droits de l'homme et les exigences des particularités. L'apport de Jacques Maritain », in *Les droits de l'homme en évolution*, mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas, 2009, p. 568.

ZAGREBELSKY (Vladimiro), « Le « juge national » à la Cour européenne des droits de l'homme : considérations d'un juge à la fin de son mandat », in *L'homme et la société*

internationale, mélanges en hommage au Professeur Paul TAVERNIER, Bruylant, 2013, p.1119.

ZATTARA-GROS (Anne-Françoise), « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », *LPA* du 05/03/2009 n°46, p.32.

ZENATI-CASTAING (Frédéric)

- « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p.511.
- « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p.1553.
- « La notion de divergence de jurisprudence », in **ANCEL (Pascal), RIVIER (Marie-Claire) (dir.)**, *Les divergences de jurisprudence*, actes de colloque des 11 et 12 octobre 2001 organisé par le CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p.53.

ZILLER (Jacques), « Le fabuleux destin des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe*, mélanges en l'honneur de Jean-Paul JACQUÉ, Dalloz, 2010, p.765.

IV. Notes de jurisprudences

BAECKE (Pierre de), « Contrôle de la validité de la loi ou de l'applicabilité de la loi : le juge administratif opère un contrôle concret sur les lois de validation », CE, 10/11/2010, n°314449, *Constitutions* 2011, p.81.

BARBÉ (Vanessa), « L'enchevêtrement des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité », CE, 27/06/2016, n°399024, *AJDA* 2016, p.2444.

BINET (Jean-René), « Assistance médicale à la procréation. Insémination post mortem : d'une injustice à une autre », TA Rennes, 11/10/2016, n°1604451 ; TA Toulouse, 13/10/2016, n°1405903, *Dr. fam.*, 2016, comm. 267.

BOTTEGHI (Damien), LALLET (Alexandre), « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », CE, 10/11/2010, n°314449, *AJDA* 2010, p.2416.

BOULOUIS (Nicolas), « La double notion d'"inconventionnalité" de la loi », conclusions sur CE, 10/11/2010, n°314449 et n°314580, *RFDA* 2011, p.124.

BRETONNEAU (Aurélie), « Droits subjectifs contre interdit législatif », concl. CE, 31/05/2016, n°396848, *RFDA* 2016, p.740.

BRETONNEAU (Aurélie), LESSI (Jean), « La question de l'arrêt de traitement devant le Conseil d'Etat », CE, 14/02/2014, n°375081, *AJDA* 2014.

CAIRE (Anne-Blandine), « L'inquiétante étrangeté de la procréation post mortem devant la Cour européenne des droits de l'homme », CEDH, 12/11/2019, n° 23038/19, *D.* 2020, p.324.

CASSIA (Paul), « Arrêt de traitement médical : un bien étrange référé liberté », CE, 14/02/2014, n°375081, *AJDA* 2014, p.1225.

CAYROL (Nicolas), « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », Civ. 1^e, 30/09/2015, n°14-16.273 ; Civ. 3^e, 22/10/2015, n°14-11.776 ; Civ. 3^e, 17/12/2015, n°14-22.095 ; Civ. 3^e, 21/01/2016, n°15-10.556 ; *RTD civ.* 2016, p.449.

CHÉNEDÉ (François)

- « Petite leçon de “réalisme juridique” », CEDH Gr. ch., 24/01/2017, n°25358/12, *D.* 2017, p.663.
- « Nullité du mariage entre alliés », Civ. 1^e, 08/12/2016, n°15-27.201, *D.* 2017 p.953.
- « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l’instrumentalisation des droits de l’homme », CEDH 5^e sect., 26/06/2014, n°65192/11, *D.* 2014, p.1797.
- « Des dangers de l’équité au nom des droits de l’homme (à propos de la validation judiciaire d’un mariage illégal) », Civ. 1^e, 04/12/2013, n°12-26.066, *D.* 2014, p.179.
- « QPC : le contrôle de l’interprétation jurisprudentielle et de l’interdiction de l’adoption au sein d’un couple homosexuel », Cons. const., 06/10/2010, n°2010-39-QPC, *D.* 2010, p.2744.

CHETARD (Guillaume), « Décrocheurs de portraits, état de nécessité et contrôle de proportionnalité : la chambre criminelle recadre le débat », *Crim.*, 22/09/2021, n° 20-80.489, *AJ pénal* 2021, p.533.

DEUMIER (Pascale)

- « La jurisprudence : petite histoire d’une grande évolution », Plén., 02/04/2021, n°19-18.814, *RTD civ.* 2021, p.741.
- « Interprétation conforme et QPC : la doctrine du droit mort vivant », Cons. const., 02/10/2020, n°2020-858/859 QPC, *RTD civ.* 2021, p.88.
- « Le mode d’emploi conforme et le pouvoir du juge », *Crim.*, 08/07/2020, n°20-81.739, *RTD civ.* 2021, p.83.
- « La saisine pour avis : fixer la jurisprudence en amont ? », Plén., n°19-70.010 et n°19-70.011, *D.* 2019, p.1622.
- « Conventionnalité et saisine pour avis », Soc., avis, 12/07/2017, n°17-70.009, *RTD civ.* 2018, p.66
- « Modulation de la jurisprudence : domaine, méthode, moment », Com., 21/03/2018, n°16-28.412, *JCP G* 2018, 541.
- « Contrôle concret de conventionnalité : l’esprit et la méthode », CE Ass., 31/05/2016, n°396848, *RTD civ.* 2016, p.578.
- « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », Cass. avis, 04/01/2016, n°15-70.004, *RTD civ.* 2016, p.65.
- « L’interprétation, entre « disposition législative » et « règle jurisprudentielle », Soc. 03/07/2014, n°14-40.026, *RTD civ.* 2015, p.84.
- « Les lois de validation et le dialogue des juges », Cons. const., 14/02/2014, n°2013-366 QPC, *RTD civ.* 2014, p.604.
- « Le contrôle de conventionnalité de la loi de validation : un contrôle abstrait et/ou concret ? », CE, 10/11/2010, n°314449, *RTD civ.* 2011, p.501.
- « L’interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », Cons. const., 06/10/2010, n° 2010-39 QPC, *RTD civ.* 2011, p.90.

DELVOLVÉ (Pierre), « Droit subjectifs contre interdit législatif », CE Ass., 31/05/2016, n°396848, *RFDA* 2016, p.754.

DONNAT (Francis), « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », TC 17/10/2011, n°3828, *D.* 2011, p.3046.

DREYFUS (Jean-David), « La validation législative des contrats pour la gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement porte-t-elle atteinte au droit à un procès équitable ? », CE, 10/11/2010, n°314449, *AJCT* 2010, p.163.

DROSS (William), « La non-constructibilité prévue par un plan local d'urbanisme est-elle contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme lorsque le domicile du propriétaire est en cause ? », Civ. 3^e, 17/12/2015, n°14-22.095, *RTD civ.* 2016, p.398.

DUBOUT (Édouard), « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », CJUE, 18/12/2014, avis n°2/13, *RDLF* 2015, chron. n°9.

DUPRÉ DE BOULOIS (Xavier)

- « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le conseil d'État ? », CE 10^{ème} et 9^{ème} réunies, 28/12/2017, n°396571, *RLDF* 2018, chron. n°4.
- « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de Cassation persiste et signe », Soc., 18/12/2007, n°06-45.132 et Civ. 2^e, 20/12/2007, n°06-20.563, *RFDA* 2008, p.499.

FOREST (Grégoire), « Expropriation : la Cour européenne des droits de l'homme se penche sur l'indemnisation du locataire », CEDH 16/04/2011, *Di Marco c. Italie*, n°32521/05, Dalloz actu. 05/05/2011.

FULCHIRON (Hugues)

- « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », CEDH, avis, 10/04/2019, n°P16-2018-001, *D.* 2019, p.1084.
- « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », CEDH, 16/01/2018, n°22612/15, *D.* 2018, p.649.
- « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles « hors contrôle » ? », Civ. 3^e, 21/12/2017, n°16-25.406 ; CE, 04/12/2017, n°379685 ; CE, 28/12/2017, n°396571, *D.* 2018, p.467.
- « Pas de mariage, faute de consentement. Pas de protection des époux au nom des droits fondamentaux...faute de droit fondamentaux », Civ. 1^{ère}, 01/06/2017, n°16-13.441.
- « Le contrôle de proportionnalité, questions de méthode », Civ. 1^e, 08/12/2016, n°15-27.201, *D.* 2017, p.656.
- « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », Civ. 1^e, 05/10/2016 n°15-25.507, *D.* 2016, p.2496.
- « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », Civ. 1^e, 06/07/2016, n°15.19.853, *D.* 2016, p.1980.
- « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », CE Ass., 31/05/2016, n°396848, *D.* 2016, p.1472.
- « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art 8 Conv. EDH) », Civ. 1^e, 10/06/2015, n°14-20.790, *D.* 2015, p.2365.

- « Les actions du prêteur : la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention EDH et le droit à la reconnaissance de son ascendance génétique », Civ. 1^e, 13/11/2014, n° 13-21.018, *D.* 2015, p.1070.
- « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », Civ. 1^e, 04/12/2013, n°12-26.066, *D.* 2014, p.153.

GOUTTENOIRE (Adeline), SUDRE (Frédéric), « Protocole 16, l'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour EDH », Plén., 05/10/2018, n°10-19.053, *JCP G* 2018, n°46, doctr. 1190.

HAFTEL (Bernard)

- « Autorisation d'une insémination *post mortem*, une décision de circonstance ? », TA Rennes, 11/10/2016, n°1604451, *D.* 2016 p.2392.
- « Insémination *post mortem* internationale, contrôle de proportionnalité et méthode du droit international privé », CE Ass., 31/05/2016, n°396848, *D.* 2016, p.1477.

HAUSER (Jean)

- « Procréation médicalement assistée : l'exceptionnalité de la proportionnalité à rude épreuve » TA Rennes, 11/10/2016, n°1604451 ; TA Toulouse, 13/10/2016, n°1405903, *RTD civ.* 2017 p.114.
- « Prescription des actions d'état : la saga de la proportionnalité (suite) », Civ. 1^e, 09/11/2016, n°15-25.068, *RTD civ.* 2017, p.111.
- « Procréation médicalement assistée : le Conseil d'Etat a du cœur ! », CE Ass., 31/05/2016, n°396848, *RTD civ.* 2016, p.834.
- « Prescription des actions d'état : l'enfant, le vieillard, l'argent, la proportionnalité et la deuxième mort de Montesquieu », Civ. 1^e, 06/07/2016, n°15-19.853, Civ. 1^e, 05/10/2016, n°15-25.507, *RTD civ.* 2016, p.831.
- « Procréation médicalement assistée *post-mortem* : le début du délitement ? », CE, 31/05/2016, n°396848, *RTD civ.* 2016, p.600.
- « Preuve de la filiation : refus d'expertise génétique, qui, comment et brevet de conventionnalité », Civ. 1^e, 10/06/2015, n°14-20.790, *RTD civ.* 2015, p.596.
- « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », Civ. 1^e, 04/12/2013, n°12-26.066, *RTD civ.* 2014, p.88.
- « Limites du droit au respect de la vie privée et familiale et droit à la preuve », Civ. 1^e, 05/04/2012, n°11-14.177, *RTD civ.* p.506.

HOUSIER (Jérémy)

- « Le mariage entre alliés devant la Cour de cassation : Acte II », Civ. 1^e, 08/12/2016, n°15-27.201, *AJ fam.* 2017, p.71.
- « Le droit de la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité... "Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats !" », Civ. 1^e 05/10/2016, n°15-25.507, *AJ fam.* 2016, p.543.

JULIEN-LAFERRIÈRE (François), « Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », CE Ass., 19/04/1991, *Belgacem* n°107470 et *Babas* n°117680, *AJDA* 1991, p.551.

KELLER (Rémi), « Droit au respect de la vie et des droits du patient - La question de l'interruption d'un traitement : la réponse », conclusions sur CE Ass., 24/06/2014, n°375081, *RFDA* 2014, p.657.

LABAYLE (Henri), SUDRE (Frédéric), « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », CJUE, 18/12/2014, avis n°2/13, *RFDA* 2015, p.3.

LAMY (Bertrand de), « Quand un impossible contrôle de constitutionnalité exclut un nécessaire contrôle de conventionnalité », Crim. 12/12/2007 n°07-82.353, *RSC* 2009, p.162.

LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », Civ. 1^e, 09/11/2016, n°15-25.068, *JCP G.* 2017, n°3, p.46.

LARROUTUROU (Thibaut), « Premières décisions de la CEDH relatives aux effets des décisions du Conseil constitutionnel », CEDH, 16/01/2018, n°22612/15 et CEDH, 16/02/2018, n°76186/11, *Constitutions* 2018, p.74.

LE GAC-PECH (Sophie)

- « La rupture du lien conjugal à l'aune des droits fondamentaux », Civ. 1^{ère}, 15/04/2015, n°13-27.898, *RDLC* 2017, n°153.
- « Contrôle de conventionnalité et justification de la sanction », CEDH, 14 mars 2013, *Eon c/ France*, n°26118/10, *RJPF*, n°5.

LEROYER (Anne-Marie), « L'anonymat du donneur de gamètes devant le Conseil d'État : *bis répétita* », CE, 28/12/2017, n°396571, *RTD Civ.* 2018, p.86.

LEVADE (Anne)

- « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas des jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation ! », Cons. const. 12/05/2010 n°2010-605-DC, *D.* 2010, p.1321.
- « Priorité n'est pas primauté ou comment articuler contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », Cons. const. 03/12/2009 n°2009-595-DC, *Constitutions* 2010, p.229.

MARGUÉNAUD (Jean-Pierre)

- « L'affaire Mennesson à l'origine de la première demande d'avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation », Ass. plén., 05/10/2018, n°10-19.053, *RTD civ.* 2018, p.847.
- « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », CEDH, 16/01/2018, n°22612/15, *RTD Civ.* 2018, p.349.
- « L'insémination *post mortem*, ferment de révolution tranquille au Conseil d'Etat », CE 31/05/2016 n°396848, *RTD civ.* 2016, p.802.
- « De la juste place européenne de la proportionnalité », CEDH 5^e sect., 21/04/2016, n°46577/15, *RTD civ.* 2016, p.301.
- « Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image », CEDH Gr. Ch., 10/11/2015, n°40544/07 ; CEDH 5^e sect., 26/02/2016, n°4683/11 ; CEDH 2^e sect., 13/10/2015, n° 37428/06 ; *RTD civ.* 2016, p.297.

- « La mise en œuvre du principe de “proportionnalité privatisée” par la première chambre civile de la Cour de cassation », Civ. 1^e, 10/06/2015, n°14-20.790, *RTD civ.* 2015 p.596.
- « L’exagération du droit au respect de la vie familiale des parents d’intention de l’enfant né à l’étranger d’une gestation pour autrui », CEDH 2^e sect., 27/01/2015, n°25358/12, *RTD civ.* 2015, p.325.
- « La revalorisation de l’intérêt de l’enfant né à l’étranger d’une gestation pour autrui », CEDH 5^e sect., 26/06/2014, n°65192/11, *RTD civ.* 2014, p.835.
- « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », Civ. 1^e, 04/12/2013, n°12-26.066, *RTD civ.* 2014, p.307.
- « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d’expression et les droits à l’image et à la réputation », CEDH Gr. ch., 07/02/2012, n°40660/08, *RTD civ.* 2012, p.279.

MATHIEU (Bertrand)

- « La Cour de cassation persiste dans son refus d’appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité », Cass. QPC, 29/06/2010, n°10-40.001, n°10-40.002, *JCP G* 2010, n°27, p.764.
- « La guerre des juges n’aura pas lieu », Cons. const. 12/05/2010 n°2010-605-DC, *JCP G* 2010, n°576, p.1077.

MAZIAU (Nicolas), « Constitutionnalité et conventionnalité au regard des motifs de la décision n°2010-2 QPC du Conseil constitutionnel », Civ. 1^e, 15/12/2011, n°10-27.473, *D.* 2012, p.297.

MELLERAY (Fabrice), « Vertige du contrôle de conventionnalité », *Soc.*, 11/05/2022, n°21-15.247 et n°21-14.490, *AJDA* 2022, p.1001.

MILANO (Laure), « Protection équivalente, une occasion manquée », CEDH, 25/05/2016, *Avotins c/ Lettonie*, n°17502/07, *JCP G* 2016, comm. 691.

MOURY (Jacques), « Précisions sur le jeu de la garantie d’éviction due par le cédant d’actions », *Com.*, 10/11/2021, n°21-11975, *RTD Civ.* 2022, p.95.

PERRIER (Jean-Baptiste), « La CJUE et la question prioritaire de constitutionnalité : entre primauté et priorité », CJUE 22/06/2010, C-188/10 et C-189/10, *LPA* 2010, n°172, p.9.

PICHERAL (Caroline), « Cour européenne des droits de l’homme – L’application revisitée de la présomption de protection équivalente », CEDH, 06/12/2012, *Michaud c/ France*, n°12323/11, *JCP G* 2013, com. 188.

PLATON (Sébastien), « Le rejet de l’accord d’adhésion de l’Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi », CJUE, 18/12/2014, avis n°2/13, *RDLF* 2015, chron. n°13.

POLLAUD-DULIAN (Frédéric), « Liberté de création. Droit d’adaptation. Droit moral. CEDH. », Civ. 1^e, 15/05/2015, *RTD com.* 2015, p.515.

POUPEAU (Diane)

- « Constructions illégales et droit au domicile », Civ. 3^e, 07/04/2016, n°15-15.011, *AJDA* 2016, p.698.
- « Enlèvement de caravanes et contrôle de proportionnalité », Civ. 3^e, 17/12/2016, n°14-22.095, *AJDA* 2016, p.2467.

PREVOST-GELLA (Jérôme), « Contrôle abstrait et contrôle concret : les juges confrontés à l'application de la jurisprudence Gonzalez-Gomez », TA Rennes, 11/10/2016, n°1604451, TA Toulouse, 13/10/2016, n°1405903, *RFDA* 2017, p.855.

RADÉ (Christophe), GERVIER (Pauline), « La Cour de cassation et les limites inhérentes à la technique de la QPC : l'immunité constitutionnelle de la jurisprudence », Soc., 28/11/2012, n°11-17.941, *Constitutions* 2013, p.78.

RENUCCI (Jean-François), « La CEDH et l'affaire *Von Hannover* n°2 : un recul fort contestable du droit au respect de la vie privée », CEDH Gr. ch., 07/02/2012, n°40660/08, *D.* 2012, p.1040.

ROBERT (Loïc), « La présomption *Bosphorus* à l'épreuve du mandat d'arrêt européen », CEDH, 25/03/2021, n°40324/16 et n°12623/17, *Rev. UE* 2021, p.519.

ROUJOU DE BOUBÉE (Gabriel), « Proportionnalité et démolition », Crim., 16/02/2016, n°15-82.732, *RDI* 2016, p.283.

ROUSSEL (Sophie), NICOLAS (Charline), « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », CE 28/12/2017, n°396571, *AJDA* 2018, p.497.

RUBI-CAVAGNA (Eliette), « Décrochage de portraits du président de la République – Leçon aux cours d'appel sur le contrôle concret de conventionnalité », Crim., 22/09/2021, n°20-82.434, *RSC* 2022, p.445.

SARCELET (Jean-Dominique), « Tempéraments à la jurisprudence Septfonds : l'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », concl. TC, 17/10/2011, n°3828, *RFDA* 2011, p.1122.

SAULIER (Maité), « Prescription, contrôle de proportionnalité et motivation des décisions de la Cour de cassation », Civ. 1^e, 09/11/2016, *AJ fam.* 2016 p.601.

SAULIER (Maité), DIONISI-PEYRUSSE (Amélie), « Première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme (sur réexamen) : la GPA au service de l'épanouissement du dialogue des juges », Plén., 05/10/2018, n°10-19.053 et n°12-30.138, *AJ fam.* 2018, p.613.

SIMON (Denys), RIGAUX (Anne)

- « Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) - *Perseverare autem diabolicum* ? La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité... », CJUE gr. ch., 22/06/2010, C-188/10 et C-189/10, *Europe* août 2010, n°8-9, repère 8.
- « Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève ? », Cons. const. 12/05/2010, n°2010-605 DC et CE 14/05/2010 n°312305, *Europe* juin 2010, n°6, repère 6.
- « Primauté – Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », Cass. QPC, 16/04/2010, n°10-40.001 et n°10-40.002 *Europe* mai 2010, étude 5.

SOLER-COUTEAUX (Pierre), « Le juge des référés ne peut ordonner l'enlèvement de caravanes en infraction avec les règles du document local d'urbanisme sans s'assurer de la proportionnalité de la mesure au regard de la protection du domicile », Civ. 3^e, 17/12/2016, n°14-22.095, *RDI* 2016, p.100.

STIRN (Bernard), « La compatibilité de la législation française sur l'interruption volontaire de grossesse avec la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sur CE Ass., 21/12/1990, n°105743, *RFDA* 1990, p.1065.

SUDRE (Frédéric), « La fin de vie devant la CourEDH : un brevet de conventionnalité délivré à la loi Leonetti », CEDH gr. ch., 05/06/2015, n°46043/14, *JCP G* n°27, 06/07/2015, p.805.

THIERRY (Jean-Baptiste), « De l'importance de la motivation : à propos des décisions du 23 novembre 2016 », Crim. 23/11/2016, n°15-83.649 et 16-83.649, *AJ pénal* 2017, p.76.

TREPPOZ (Édouard), « Klasen : liberté de création en tension », Civ. 1^e, 15/05/2015, n°13-27.391, *JAC* 2016, n°39, p.28.

USUNIER (Laurence)

- « *Requiem for a dream* : la Cour de justice de l'Union européenne se prononce contre l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », CJUE, 18/12/2014/, avis n°2/13, *RTD Civ.* 2015, p.335.
- « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme », CJUE, 26/02/2013, n°C-617/10, *RTD Civ.* 2014, p.312.

VARET (Vincent), « Balance des intérêts entre droits fondamentaux : fragments pour un discours de la méthode », Civ. 1^e, 30/09/2015, *Dalloz IP/IT* 2016, p.42.

VIGNEAU (Daniel), « L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'Etat », CE Ass., 14/02/2014, n°375081, *D.* 2014, p.1856.

V. Rapports.

Rapport annuel 2021 de la Cour de cassation, La documentation française, 2022, site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2021.pdf

Rapport du groupe de travail « Assemblée plénière, chambres mixtes et avis », septembre 2021, site internet de la Cour de cassation.

<https://www.courdecassation.fr/files/files/R%C3%A9forme/RAPPORT%20Assemblée%20pl%C3%A9nière%20-%20chambre%20mixte%20-%20avis.pdf>

Rapport de la Commission de réflexion de la Cour de cassation, « Cour de cassation 2030 », juillet 2021, site internet de la Cour de cassation.

<https://www.courdecassation.fr/files/files/Cc2030/Rapport%20de%20la%20Commission%20%27Cour%20de%20cassation%202030%27.pdf>

Rapport du groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, 2020, site internet de la Cour de cassation.

<https://www.courdecassation.fr/files/files/R%C3%A9forme/Rapport%20du%20groupe%20de%20travail%20sur%20le%20contr%C3%B4le%20de%20conventionnalit%C3%A9.pdf>

Rapport sur les droits fondamentaux 2019, avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la FRA.

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-fundamental-rights-report-2019-opinions_fr.pdf

Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2018, site internet de la Cour de cassation.

<https://www.courdecassation.fr/files/files/D%C3%A9cisions/Memento%20du%20contr%C3%B4le%20de%20conventionnalit%C3%A9%20au%20regard%20de%20la%20Convention%20de%20sauvegarde%20des%20droits%20de%20l%27homme%20et%20des%20libert%C3%A9s%20fondamentales.pdf>

Rapport annuel 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne.

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018_annual_report_charter_fr_0.pdf

Rapport sur les droits fondamentaux 2018, avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la FRA.

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-fundamental-rights-report-2018-opinions_fr.pdf

Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, 2018, site internet du Conseil d'État.

Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation.

<https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

Rapport « L'*open data* des décisions de justice », présidé par le professeur Loïc CADIET, Novembre 2017, site internet Vie publique.

<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000019.pdf>

Note portant sur la politique de priorisation de la Cour européenne des droits de l'homme, 2017, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_FRA.pdf

Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant de la motivation enrichie, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/IMG/38_SDER_travaux_motivation_enrichie_1116.pdf

Travaux menés par la commission de réflexion s'agissant du contrôle de conventionnalité (« contrôle de proportionnalité »), Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/IMG/59_note_arrets_proportionnalite12042017.pdf

Rapport annuel 2017 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne.

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017_annual_charter_report_fr.pdf

Rapport 2016 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne.

file:///C:/Users/ceced/Downloads/COM_2017_239_F1_REPORT_FROM_COMMISSION_FRPDF.pdf

Rapport du club des juristes « La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes », Commission Constitution et institutions, octobre 2014, site internet du club des juristes.

https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-supr%C3%A4mes_Oct.2014_Web-1.pdf

Rapport du Comité Directeur pour les Droits de l'Homme sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme, 11 septembre 2015, CDDH(2015)R84, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806585d9>

Rapport du club des juristes « Sécurité juridique et initiative économique », groupe de travail présidé par Henri de CASTRIES et Nicolas MOLFESSIS, 2015, Mare & Martin, site internet du club des juristes.

<https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2015/06/S%C3%A9curit%C3%A9-juridique-WEB.pdf>

Rapport 2015 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-265-FR-F1-1.PDF>

Rapport 2014 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne.

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-191-FR-F1-1.PDF>

Rapport annuel de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2014 », site internet de la FRA.

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-annual-report-2014_fr.pdf

Rapport 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne.

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/FR/1-2014-224-FR-F1-1.Pdf>

Rapport annuel de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2013 », site internet de la FRA.

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-annual-report-2013-1_fr.pdf

Rapport d'information n°842 déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la question prioritaire de constitutionnalité, présenté par **M. Jean-Jacques URVOAS** et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, site internet de l'Assemblée nationale.

http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp#P233_51603

Rapport 2012 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne.

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/FR/1-2013-271-FR-F1-1.Pdf>

Rapport annuel de 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2011_FRA.pdf

Rapport 2011 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, site internet de la Commission européenne.

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/FR/1-2012-169-FR-F1-1.Pdf>

Rapport annuel de 2010 de la Cour européenne des droits de l'homme, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2010_FRA.pdf

Rapport d'information n°2838 déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, présenté par **M. Jean-Luc WARSMANN** et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 octobre 2010, site internet de l'Assemblée nationale.

http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2838.asp#P543_231653

Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *La réforme institutionnelle deux ans après*, présidé par **M. Edouard BALLADUR**, 12 mai 2010, site internet du Sénat.

https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/evenement/revision_institutionnelle_deux_ans_apres.pdf

Rapport n°2006 de **M. Jean-Luc WARSMANN** sur le projet de loi organique n°1975, modifié par le sénat, relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, enregistré le 4 novembre 2009 à la Présidence de l'Assemblée nationale, site internet de l'Assemblée nationale.

http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2006.asp#P97_6499

Rapport n°637 de **M. Hugues PORTELLI** fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, déposé le 29 septembre 2009, site internet du Sénat.

<http://www.senat.fr/rap/108-637/108-637.html>

Rapport n°1898 de **M. Jean-Luc WARSMANN** sur le projet de loi organique n°1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, enregistré le 3 septembre 2009 à la Présidence de l'Assemblée nationale, site internet de l'Assemblée nationale.

http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp#P770_271780

Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *Une V^e république plus démocratique*, présidé par M. **Edouard BALLADUR**, octobre 2007, La documentation française, version numérique pp.87-91.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf>

Rapport du Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par **Georges VEDEL**, 15 février 1993, La documentation française, version numérique, §35.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000091.pdf>

VI. Déclarations, conférences, discours, interventions, entretiens.

Allocution prononcée par **Christophe SOULARD** le 18 juillet 2022, lors de son audience d'installation dans ses fonctions de premier président de la Cour de cassation, site internet de la Cour de cassation.

<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2022/07/18/christophe-soulard-allocation-dinstallation-dans-ses-fonctions-de>

Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, au sujet d'une stratégie visant à renforcer l'application de la Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne, 2 décembre 2020, site internet de la commission européenne.

https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/strategy_to_strengthen_the_application_of_the_charter_of_fundamental_rights_in_the_eu_fr.pdf

Déclaration commune du vice-président du Conseil d'État, de la présidente du Conseil national des barreaux et du président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, « *Open data* des décisions de justice : une régulation nécessaire des algorithmes », 6 juillet 2020, site internet du Conseil d'État.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/open-data-des-decisions-de-justice-une-regulation-necessaire-des-algorithmes>

Discours à la Cour européenne des droits de l'homme de **Thorbjorn JAGLAND**, Secrétaire général du Conseil de l'Europe, du 16 septembre 2019, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

<https://www.coe.int/fr/web/secretary-general/-/farewell-speech-at-the-european-court-of-human-rights>

Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Copenhague les 12 et 13 avril 2018 à l'initiative de la présidence danoise du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_FRA.pdf

Discours de **Guido RAIMONDI**, Président de la Cour européenne des droits de l'homme lors de la conférence de Copenhague le 12 avril 2018, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20180412_Raimondi_Copenhagen_ENG.pdf

Intervention lors du colloque organisé pour les dix ans de l'association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à l'Université d'Auvergne de **Jean-Marc SAUVÉ**, Vice-Président du Conseil d'Etat, « Le juge administratif, protecteur des libertés », 16 juin 2017, site du Conseil d'Etat.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>

Intervention à l'institut Portalis d'Aix-en-Provence de **Jean-Marc SAUVÉ**, Vice-Président du Conseil d'Etat, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », 17/03/2017, site du Conseil d'Etat.

https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#_ftnref83

Audiences d'installation du 20/01/2017 et du 02/03/2015, propos d'accueil du Premier président de la Cour de cassation **Bertrand LOUVEL**, site internet de la Cour de cassation.

Synthèse sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, **Alain LACABARATS**, président de chambre maintenu en activité, novembre 2016, site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/IMG/37_LACABARATS_Synthese_motivation_1116.pdf

Intervention lors du séminaire France-Israël des 7/9 novembre 2016 de **Pascal CHAUVIN**, président de chambre, « La question de la proportionnalité dans la pratique jurisprudentielle - L'exemple français », site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/IMG/39_CHAUVIN_Proportionnalite_France_Israel_1116.pdf

Discours au Conseil de l'Europe de **Jean-Claude JUNCKER**, Président de la Commission européenne, du 18 avril 2016, site internet de la Commission européenne.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_16_1487

Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec **André POTOCKI**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/IMG/5_SDER_compte_rendu_Potocki_1115.pdf

Entretien avec **Bertrand LOUVEL**, Premier président de la Cour de cassation, *JCP G.* n°43, 19/10/2015, p.1122, ou site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Entretiens%20presse/Entretien_de_B_Louvel_a_La_Semaine_juridique.pdf

Discours de **Bertrand LOUVEL**, Premier président de la Cour de cassation, « Ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiée à la motivation », 14/09/2015, site internet de la Cour de cassation.

Conférence de la professeure **Pascale DEUMIER**, « Motivation des arrêts de la Cour de cassation », 14/09/2015, site internet de la Cour de cassation.

Discours de **Bertrand LOUVEL**, Premier président de la Cour de cassation, « Vers une plus grande prévisibilité dans la jurisprudence internationale », 08/04/2015, site internet de la Cour de cassation.

Discours de **Bertrand LOUVEL**, Premier président de la Cour de cassation, « La Cour de cassation face à l'évolution juridique internationale », 31/03/2015, site internet de la Cour de cassation.

Discours de **Bertrand LOUVEL**, Premier président de la Cour de cassation, « La Cour de cassation face aux défis du XXIème siècle », mars 2015, site internet de la Cour de cassation.

Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Bruxelles les 26 et 27 mars 2015 à l'initiative de la présidence belge du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_FRA.pdf

Discours de **Dean SPIELMANN**, Président de la Cour européenne des droits de l'homme lors de la conférence de Bruxelles le 26 mars 2015, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150326_Spielmann_Conference_Bruxelles_FRA.pdf

Intervention de **Jean-Marc SAUVÉ**, vice-président du Conseil d'État, « L'étendue et les limites du pouvoir du juge » à l'occasion d'un Colloque européen sur le juge et la politique le 31 octobre 2014, site internet du Conseil d'État.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-etendue-et-les-limites-du-pouvoir-du-juge>

Intervention à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan d'**Yves ROBINEAU**, Président de section au Conseil d'Etat, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », 24/10/2014, site internet du Conseil d'Etat.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-application-par-la-france-des-arrets-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme>

Discours de **Bernard STIRN**, président de la section du contentieux du Conseil d'État, lors du colloque portant sur « L'europanisation du droit : quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ? » le 9 octobre 2014, à Grenoble, site internet du Conseil d'État.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-l-ordre-juridique-europeen>

Intervention de **Jean-Marc Sauvé**, vice-président du Conseil d'État, lors de la World Policy Conférence à Monaco sur le thème « Destruction ou métamorphose de l'ordre juridique ? Le point de vue d'un juge français », le samedi 14 décembre 2013, site internet du Conseil d'État.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/destruction-ou-metamorphose-de-l-ordre-juridique-le-point-de-vue-d-un-juge-francais>

Intervention de **Jean-Marc Sauvé**, « Enjeux et défis du Conseil d'État de France », le 15 octobre 2013 à l'Université de Louvain, site internet du Conseil d'État.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/enjeux-et-defis-du-conseil-d-etat-de-france>

Avis de la Cour sur le projet de protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée le 6 mai 2013, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_FRA.pdf

Avis de la Cour sur le projet de protocole n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée le 6 février 2013, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.
https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_FRA.pdf

Conférence prononcée par **Jean-Marc SAUVÉ**, Vice-Président du Conseil d'Etat, à l'Université Jagellonne de Cracovie (Pologne) « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », 22/10/2012, site internet du Conseil d'Etat.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-dynamique-de-protection-des-droits-fondamentaux-en-droit-national-et-en-droit-europeen>

Conférence prononcée par **Jean-Marc SAUVÉ**, Vice-Président du Conseil d'Etat, lors de la rentrée solennelle de la Faculté de droit de Montpellier « Y'a-t-il trop de droits fondamentaux ? », 18/09/2012, site internet du Conseil d'Etat.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/y-a-t-il-trop-de-droits-fondamentaux>

Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Brighton les 19 et 20 avril 2012 à l'initiative de la présidence britannique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_FRA.pdf

Discours de **Nicolas BRATZA**, Président de la Cour européenne des droits de l'homme lors de la conférence de Brighton le 18 avril 2012, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20120420_Bratza_Brighton_FRA.pdf

Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Izmir les 26 et 27 avril 2011 à l'initiative de la présidence turque du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_FRA.pdf

Discours de Jean-Paul COSTA, Président de la Cour européenne des droits de l'homme lors de la conférence d'Izmir le 26 avril 2011, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20110426_Costa_Izmir_FRA.pdf

Intervention au Sénat dans le cadre du colloque organisé par l'Université Paris 3 Sorbonne de **Jean-Marc SAUVÉ**, Vice-Président du Conseil d'Etat, "Le Conseil d'Etat et l'application de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales", 09/04/2010, site du Conseil d'Etat.

<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-l-application-de-la-convention-europeenne-de-sauvegarde-des-droits-de-l-homme-et-des-libertes-fondamentales>

Suivi d'Interlaken, note du juriconsulte à propos du principe de subsidiarité, 8 juillet 2010, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf

Déclaration suite à la Conférence de haut niveau réunie à Interlaken les 18 et 19 février 2010 à l'initiative de la présidence suisse du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_FRA.pdf

« Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme », discours prononcé par **Guy CANIVET**, premier président de la Cour de cassation lors du séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'homme le 21 janvier 2005, site internet de la Cour de cassation.

https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/archives_2201/nationales_convention_8451.html

Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, site internet du parlement européen.

http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm

Memorandum concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1979, base de données EUR-Lex.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:51979DC0210&qid=1573650308781&from=FR>

Discours prononcé par Monsieur le Conseiller **Léopold FLORENS** lors de l'audience solennelle de rentrée du 16 septembre 1961 à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, *À la recherche du Verdict, Contribution des hommes des lettres à l'Art de Juger*, texte dactylographié.

Archives Parlementaires de 1787 à 1860, première série (1787-1799), Tome XX, du 23 octobre au 26 novembre 1790, Librairie administrative P. Dupont, 1885, accessible librement en ligne sur le site internet Persée.

<https://www.persee.fr/collection/arcpa>

VII. Statistiques

Analyse statistique 2021, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

https://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2021_FRA.pdf

Statistiques annuelles 2018, affaires pendantes, site internet de la Cour européenne des droits de l'homme.

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fre>

“Analyse statistique 2016”, site de la Cour européenne des droits de l'homme.

“Aperçu 1959-2016 CEDH”, site de la Cour européenne des droits de l'homme.

“La CEDH en faits et en chiffres 2012”, site de la Cour européenne des droits de l'homme.

INDEX THÉMATIQUE

N.B. : Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Abstrait : v. *contrôles de la loi*
Adoption plénière : 263
Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : 163 et suiv.
Algorithmes : 358, 392
Amende fiscale : 257
Anonymat du donneur de gamètes : 114
Appel du procureur de la République : 206, 338
Arrêts pilotes : v. *Cour européenne des droits de l'homme*
Arrêts de règlement : 274, 277
Arrêt de traitement médical : 101
Assistance médicale à la procréation : 106, 223, 266
Autorité judiciaire : 211, 278
Avis : v. *saisine pour avis*

B

Balance des intérêts : 46, 51, 52, 296, 323 et suiv., 331, 340, 342, 348, 355 et suiv.
Bail : v. *contrat*
Barème Macron : v. *contrat, travail*
Base de données : 392 et suiv.
Bref délai : v. *contrat, vente*

C

Changement de sexe : 37, 253,
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : v. *droits fondamentaux*
Common law :

- Droit américain : 276, 286, 364
- Droit anglais : 285, 362, 363

Communiqués de la Cour de cassation : 48, 116, 265, 275, 370
Concret : v. *contrôles de la loi*
Confiance mutuelle : v. *Union européenne*
Conseil constitutionnel

- Autorité décisionnelle : 210, 230, 372
- Contrôle du contenu de la loi : 197 et suiv.
- Concrétisation du contrôle du contenu : 201 et suiv.
- Modulation : 214
- Réserves d'interprétation : 202, 203
- Réserves transitoires : 202

Conseil d'État

- Contrôle du contenu de la loi : 99 et suiv.
- Contrôle de l'application de la loi : 103 et suiv.
- Référé liberté :

- Contrôle du contenu de la loi : 101
- Contrôle de l'application de la loi : 106

Conseil supérieur de la magistrature : 194

Constitution pour l'Europe : 164

Contestation de paternité : 51, 319, 320, 348

Contrat :

- Bail : 263, 341
- Travail : 30, 116, 121, 217, 390,
- Conflits de droits fondamentaux : 46, 355 et suiv.
- Vente, garantie des vices cachés : 31, 339

Contrôles de la loi :

- Caractère abstrait ou concret, définition : 10, 13
- Contrôle du contenu et le l'application, définition : 12, 13

v. *Cour européenne des droits de l'homme, Conseil d'État, Conseil constitutionnel, Cour de cassation, Cour de justice de l'Union européenne*

Contrôle de fondamentalité : 400 et suiv.

Contrôle de proportionnalité : v. *Cour de cassation, Cour européenne des droits de l'homme*

Convention européenne des droits de l'homme :

- Effet horizontal : 325
- Effet vertical : 322 et suiv.

- Principe de subsidiarité : 68, 69, 70, 71, 72, 82
- Protocole n°15 : 69
- Protocole n°16 : 70

V. aussi *droits fondamentaux*

Conversion du métayage en fermage : 52, 263, 346

Cour de cassation :

- Contrôle direct du contenu de la loi : 27 et suiv.
- Contrôle indirect du contenu de la loi : 36 et suiv.
- Contrôle de l'application de la loi : 46 et suiv.
- Contrôle de proportionnalité : 332 et suiv.
- Mutation de son rôle : 417, 423

v. aussi, *Tribunal de cassation*

Cour de justice de l'Union européenne

- Contrôle du contenu : 150 et suiv.
- Concrétisation du contrôle du contenu : 154 et suiv.
- Contentieux de la fonction publique : 150
- Exception d'illégalité : 150
- Marge nationale d'appréciation : 173
- Principe d'équivalence des protections : 170 et suiv.
- Recours en annulation : 150
- Recours en carence : 150
- Recours en manquement : 150, 152, 154,

- Recours en responsabilité extracontractuelle : 150
- Renvoi préjudiciel en interprétation : 150, 151, 155, 168, 172, 181, 441

Cour européenne des droits de l'homme :

- Autorité de la chose interprétée : 62
- Arrêts pilotes : 63, 77, 154
- Contrôle de l'application : 57 et suiv.
- Contrôle de proportionnalité : 321 et suiv.
- Contrôle implicite du contenu : 60 et suiv.
- Consensus européen : 326, 330
- Marge nationale d'appréciation : 69, 83, 85, 141, 326 et suiv., 354, 441
- Mesures individuelles : 59, 60

D

Déclarations européennes (Interlaken, Izmir, Brighton) : 69

Délit de presse : 247, 256

Délit d'exhibition : 53, 352

Diffamation : 37, 54, 247, 340

Divorce pour altération définitive du lien conjugal : 31, 251

Droits fondamentaux :

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 30, 97, 140 et suiv., 152, 164, 177 et suiv.

- Charte sociale européenne : 30, 139, 140, 141, 144, 178, 248, 390
- Code civil :
 - Droit à la vie privée : 46, 443
- Convention européenne des droits de l'homme
 - Droit au procès équitable : 30, 39, 60, 98, 105, 138, 175, 180, 215, 216, 247, 248, 251, 254, 257, 298, 336, 338, 356
 - Droit eu respect de la vie privée et familiale : 46, 47, 51 et suiv., 80, 101, 107, 251, 265, 302, 318, 347, 351, 357, 370
 - Droit à la non-discrimination : 39, 143, 325
 - Droit à l'instruction : 143, 325
 - Droit d'accès à un tribunal : 43, 222, 325, 341
 - Droit à des élections libres : 325
 - Droit au respect des biens : 31, 80, 113, 115, 125, 178, 222, 263, 319, 340, 341
 - Droit au respect du domicile : 52, 115, 346
 - Liberté d'association : 31, 251, 323, 325, 340, 341,

- Liberté d'expression : 46, 53, 54, 138, 146, 193, 219, 248, 256, 258, 324, 330, 340, 352
- Convention de New York relative aux droits de l'enfant : 97, 320, 356
- Conventions de l'Organisation internationale du travail : 30, 116, 178, 248, 390
- Évolution de la notion de droit fondamental : 2
- Pacte des droits civils et politiques : 28, 30, 31, 32, 101, 178

E

Écoutes téléphoniques : 41

Écran législatif (théorie de) : v. *loi*

Élections au Parlement européen : 147, 171

Élection des juges : 276

Empiètement : 115, 46

Équité :

- Définitions et fonctions : 295, 299
- et contrôle du contenu : 300, 301
- et contrôle de l'application : 302, 303

Équivalence des protections : v. *CJUE*

Entrave : 203, 204

Expropriation : 251

F

Fermage : v. *conversion*

Filiation : v. *contestation de paternité*

G

Garantie des vices cachés : v. *contrat, vente*

Garde à vue : 40, 78, 202, 215, 258, 290, 297, 337, 404

Gestation pour autrui : 80, 279, 330, 357

I

Impôt de solidarité sur la fortune : 341

Impôt sur la plus-value : 113

Indemnités de licenciement : v. *contrat, travail*

Insémination *post mortem* : v. *assistance médicale à la procréation*

Interruption volontaire de grossesse : 1, 99, 203, 204, 293

Intérêt (supérieur) de l'enfant : 51, 265, 279, 321, 351, 356

L

Loi :

- Crise de la loi : 292
- Mythe de la loi : 291
- Loi de validation : 105, 209, 384,
- Loi-écran : 95, 97, 99, 405

Liberté : v. *droits fondamentaux*

Licenciement : v. *indemnité de licenciement*

M

Mandat d'arrêt européen : 168, 175, 180

Marchés publics : 154

Marge nationale d'appréciation : v. *Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne*

Mariage : 47 et suiv., 109, 155, 265, 302, 318, 344, 351, 354, 357, 370, 411

Mesures d'éloignement : 104

Mesures d'expulsion : 104

Métayage : v. *conversion*

Méthodes de recherche et de classement des décisions :

- Classement des décisions :
 - Contrôle de proportionnalité de la Cour de cassation : 334, 345
 - Citation des décisions pour constater un renforcement de la norme par le contrôle de son contenu : 245
 - Citation des décisions relatives aux autres sources de droits fondamentaux que la Convention européenne : 25
- Démarche générale adoptée dans la thèse : 8
- Méthode de recherche contrôle du contenu : 24
- Méthode de recherche contrôle de l'application : 50
- Réserves émises :
 - Quant à l'appréciation subjective de l'amélioration de la norme : 252

- Quant à l'approche comparatiste : 281
- Quant à la proposition d'avis en constitutionnalité : 227

Motivation enrichie : 315, 357, 359

O

Ordres professionnels : 31, 251

Open data : 392

P

Paternité : v. *contestation*

Pension de réversion : 180

Plan local d'urbanisme : 52, 262

Possession d'état : 51, 117, 320, 348, 432

Pouvoir modérateur du juge judiciaire : 280, 296, 333, 444

Pratique anticoncurrentielle : 89

Préjudice de vie dommageable : 89, 91, 100, 208, 209, 259, 293

Principe de subsidiarité : v. *convention européenne des droits de l'homme*

Procréation médicalement assistée : v. *assistance médicale à la procréation*

Protection des données personnelles : 140, 143, 179

Q

Question prioritaire de constitutionnalité : v. *Conseil constitutionnel*

R

Recel de violation du secret de l'instruction : 38

Recherche de paternité : v. *contestation de paternité*

Reconnaissance de paternité : v. *contestation de paternité*

Recours en interprétation : v. *cour de justice de l'Union européenne*

Recours en manquement : v. *cour de justice de l'Union européenne*

Référé liberté : v. *Conseil d'État*

Rescision pour lésion : v. *vente*

Responsabilité médicale : 89

Rétention de sûreté : 203, 211

Retraite : v. *valeur du point de retraite*

○ Contrôle du contenu de la loi : 102

• Propositions :

○ Avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation : 127

○ Avis en interprétation et en conventionnalité : 417 et suiv.

○ Avis en constitutionnalité : 227 et suiv.

- Question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne : v. *Cour de justice de l'Union européenne*

Sécurité nationale : 179, 327

Statut du parquet : 211

Syllogisme juridique : 3, 278

S

Saisines pour avis :

- Avis à la Cour européenne des droits de l'homme : v. *Convention européenne des droits de l'homme, protocole 16*
- Avis des juges du fond auprès de la Cour de cassation :
 - Contrôle du contenu de la loi : 34
 - Contrôle de l'application de la loi (refus) : 432
 - Lien avec les arrêts de règlement : 277
- Avis des juges du fond auprès du Conseil d'État :

T

Terrorisme : 203, 247

Titre de propriété industrielle : 43

Transsexualisme : v. *changement de sexe*

Tribunal de cassation : 275 et suiv.

U

Urbanisme : 51, 52, 262, 346

V

Valeur du point de retraite : 341

Vente : v. *contrat*

Voie de fait : 90, 91

Vol : 37, 38, 53, 179, 352

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	9
SOMMAIRE	11
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	13
INTRODUCTION.....	17
I. La construction complexe des contrôles de la loi	18
II. La question de l'évaluation du contrôle construit par le juge judiciaire	26
III. La détermination d'une dichotomie opératoire générale des contrôles de la loi	28
IV. Le contrôle du contenu et de l'application de la loi : un atout pour le système juridique français.....	34
PARTIE 1 : L'INTÉGRATION EQUILBRÉE DU DOUBLE CONTRÔLE DE LA LOI DANS LE PAYSAGE JURIDICTIONNEL	39
TITRE 1 – L'équilibre par l'identité totale d'objet et d'effets des contrôles de la loi.....	43
Chapitre 1 : L'équilibre avec le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme	44
Section 1 : L'identité des contrôles par leurs mutations réciproques.....	44
I. Un contrôle du juge judiciaire allant du contenu vers l'application	44
A/ Un contrôle initialement cantonné au contenu de la loi	46
1/ Le contrôle direct du contenu de la loi.....	49
2/ Le contrôle indirect du contenu de la loi.....	58
B/ Un contrôle étendu à l'application de la loi.....	67
1/ Les fondations initiales du contrôle de l'application de la loi : l'arrêt du 4 décembre 2013	69
2/ La définition uniforme du contrôle de l'application de la loi	71
II. Un contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme allant de l'application vers le contenu.....	80
A/ Un contrôle initialement cantonné à l'application de la loi	81
B/ Le développement d'un contrôle implicite du contenu de la loi	83
Section 2 : L'équilibre des contrôles par leur répartition renouvelée	91
I. Un contrôle complet exercé au premier chef par le juge judiciaire	92

A/ L'obligation textuelle implicite du double contrôle	92
B/ L'obligation jurisprudentielle explicite du double contrôle	96
II. Une compétence plus ciblée du juge européen.....	99
A/ L'appréciation flexible du contrôle des problèmes structurels, des violations les plus graves et des « questions importantes relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention »	99
B/ La relativisation des risques liés à un recul excessif du juge européen.....	109
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	115
Chapitre 2 : L'équilibre avec le contrôle du juge administratif	117
Section 1 : L'identité progressive des contrôles.....	121
I. La lente admission du contrôle de conventionnalité dans l'ordre administratif. 121	
A/ Les réticences initiales à contrôler la loi	121
B/ Un contrôle initialement cantonné au contenu de la loi	126
II. Le rapide développement du contrôle de l'application de la loi.....	132
A/ Le choix initial du contrôle de l'application de la loi	132
B/ L'identité par l'articulation d'un double contrôle	136
Section 2 : L'harmonie perfectible du domaine du contrôle de l'application de la loi	139
I. La disharmonie par les cas d'exclusions du contrôle.....	139
A/ Les exclusions par le juge administratif	140
B/ Les exclusions par le juge judiciaire	143
II. L'harmonie par l'abandon des cas d'exclusion du contrôle	146
A/ Les obstacles logiques aux cas d'exclusion	146
B/ Les voies alternatives aux exclusions.....	150
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	155
CONCLUSION DU TITRE 1	157
TITRE 2 – L'équilibre par l'identité partielle d'objet et d'effets des contrôles de la loi... 159	
Chapitre 1 : La complémentarité avec le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne	161

Section 1 : L'absence d'identité des contrôles	161
I. Les convergences ciblées des domaines du contrôle	162
A/ La convergence progressive des normes de référence	162
1/ L'inspiration initiale de la Convention européenne	162
2/ Le renouvellement des sources par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	166
B/ La convergence ciblée des normes contrôlées.....	172
II. Le contrôle de la Cour de justice cantonné au contenu de la loi	175
A/ Un contrôle du contenu de la loi inhérent à sa compétence	175
B/ La voie peu probable du contrôle de l'application de la loi par la Cour de justice	179
1/ La « concrétisation » du contrôle du contenu de la loi exercé par la Cour de justice	180
2/ La distinction avec le contrôle de l'application de la loi du juge judiciaire	183
Section 2 : La complémentarité renforcée des contrôles.....	185
I. La voie complexe d'une harmonie des normes de référence	185
A/ L'absence d'harmonisation textuelle des normes de référence.....	186
1/ Les avantages espérés de l'adhésion de l'UE à la CEDH.....	186
2/ La suspension de l'adhésion de l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de justice.....	189
B/ La recherche de l'harmonie par le principe d'équivalence des protections ..	193
1/ La conjugaison de la protection des droits fondamentaux et de la multiplication des ordres juridiques	194
2/ Une mise en œuvre peu lisible	196
II. La complémentarité des contrôles différenciés	200
A/ Le cumul par le juge judiciaire de sources multiples	201
B/ La complémentarité des contrôles du contenu et de l'application des lois pratiqués par deux juges distincts.....	207
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	211

Chapitre 2 : La complémentarité avec le contrôle du Conseil constitutionnel.....	213
Section 1 : L'absence d'identité des contrôles	214
I. Le développement mutuel des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité	214
A/ Le contrôle de conventionnalité, moteur de la question prioritaire de constitutionnalité	215
B/ La priorité de la question de constitutionnalité, moteur du contrôle de l'application de la loi par le juge judiciaire	217
II. Le contrôle du Conseil constitutionnel cantonné au contenu des lois	227
A/ Un contrôle du contenu inhérent à sa compétence	227
B/ Un contrôle du contenu concrétisé	230
Section 2 : La double complémentarité des contrôles	238
I. La complémentarité des contrôles du contenu de la loi	238
A/ La complémentarité par l'harmonisation des interprétations	239
B/ La complémentarité par le cumul des contrôles	246
II. La complémentarité par le contrôle de l'application de la loi	257
A/ La complémentarité des contrôles de la constitutionnalité du contenu et de la conventionnalité de l'application des lois	257
B/ L'intérêt de préserver la dualité de l'objet et des effets des contrôles de la loi	262
1/ L'inopportunité du contrôle de constitutionnalité de l'application de la loi	263
2/ L'intérêt d'une saisine pour avis du Conseil constitutionnel par la Cour de cassation et le Conseil d'État	266
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	269
CONCLUSION DU TITRE 2	271
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	273

PARTIE 2 : L'INTÉGRATION PERFECTIBLE DU DOUBLE CONTRÔLE DE LA LOI DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS..... 277

TITRE 1 – Les bienfaits du double contrôle sur la règle de droit 281

Chapitre 1 : Le renforcement de la norme contrôlée..... 283

Section 1 : Le renforcement de la norme par le contrôle de son contenu 283

I. Le renforcement de la norme par le constat de la compatibilité de son contenu 284

II. L'amélioration de la norme en cas d'incompatibilité de son contenu 294

Section 2 : Le renforcement de la norme par le contrôle de son application 302

I. Le maintien systématique de l'existence de la norme 303

A/ Le renforcement de la norme en cas de compatibilité de son application.... 303

B/ Le renforcement de la norme en cas d'incompatibilité de son application ... 306

II. L'intérêt d'un contrôle systématique du contenu de la norme 309

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 311

Chapitre 2 : L'affirmation d'une démocratie judiciaire 313

Section 1 : L'intégration de nouvelles logiques démocratiques..... 314

I. La fin des craintes d'un juge politique..... 314

A/ Le dépassement des idéologies révolutionnaires 315

B/ Le contrôle de la loi, élément de renouvellement démocratique..... 322

II. L'inspiration des démocraties des pays de *common law*..... 326

A/ Un contrôle de la loi issu de logiques démocratiques étrangères..... 327

B/ Un contrôle de la loi illustratif d'une mixité du système français..... 329

Section 2 : Le renforcement d'un idéal de justice 333

I. La complémentarité renouvelée de la jurisprudence et de la loi..... 333

A/ Un double contrôle palliatif des carences de la norme écrite..... 333

B/ La légitimation du contrôle du juge par l'action législative..... 339

II. La résurgence de l'équité par le double contrôle de la loi..... 341

A/ Le caractère commun aux deux contrôles : la satisfaction du juste 342

B/ La diversité des traductions de l'équité dans le double contrôle..... 348

1/ L'équité stabilisée dans le contrôle du contenu de la loi 349

2/ L'équité déstabilisante dans le contrôle de l'application de la loi 351

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	355
CONCLUSION DU TITRE 1	357
TITRE 2 – Les nécessités d’encadrement du double contrôle	359
Chapitre 1 : L’encadrement des méthodes de contrôle de la loi	361
Section 1 : La structuration complexe du contrôle de la loi.....	362
I. Une structure commune au contrôle du contenu et de l’application de la loi.....	362
A/ Une réflexion menée en profondeur par la Cour de cassation	362
1/ La construction d’un véritable canevas des décisions.....	363
2/ Les premières applications	366
B/ Les difficultés liées au rapprochement avec le contrôle européen	371
1/ Un contrôle de proportionnalité lato sensu opéré par la Cour européenne des droits de l’homme.....	371
a/ Une configuration souple des composantes du contrôle européen.....	372
b/ Des composantes du contrôle de proportionnalité au contenu mouvant	379
2/ La nécessité d’une inspiration de la méthode européenne	383
II. Un contrôle de proportionnalité du juge judiciaire protéiforme.....	388
A/ L’intensité variable du contrôle de proportionnalité du contenu de la loi	392
1/ Un contrôle de proportionnalité implicite	392
2/ Un contrôle de proportionnalité explicite	397
B/ Les particularités propres au contrôle de l’application de la loi.....	402
1/ Un contrôle de proportionnalité initialement embryonnaire	403
2/ Un contrôle de proportionnalité désormais étoffé.....	404
C/ La variabilité de la balance des intérêts.....	415
Section 2 : L’instauration d’une continuité jurisprudentielle.....	420
I. L’inspiration de la logique du précédent	421
A/ La rigidité excessive du précédent de certains droits inspirés de la <i>common law</i>	422

B/ L'applicabilité variable de la logique du précédent selon la nature du contrôle	426
II. La citation des décisions antérieures, fondement juridique des contrôles de la loi	430
A/ La citation des décisions antérieures des juges extra-judiciaires	431
B/ La citation des décisions antérieures des juges de l'ordre judiciaire.....	434
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	439
Chapitre 2 : L'encadrement des acteurs du double contrôle de la loi	441
Section 1 : La présence de risques liés à l'utilisation d'un contrôle diffus	441
I. Les risques liés à la multiplicité juridictionnelle	441
A/ Les insuffisances organiques des juridictions du fond.....	442
B/ Les insuffisances d'un cantonnement au contrôle de l'existence du contrôle par la Cour de cassation.....	446
II. Des risques seulement atténués par une uniformisation de la méthode	448
A/ Le constat de divergences juridictionnelles	449
B/ La nécessité d'une base de données adaptée au contrôle de conventionnalité	453
Section 2 : Les voies d'une concentration souple du double contrôle	458
I. Les voies exclues	459
A/ La modification de la répartition entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité	459
1/ La voie trop tardive : le contrôle de fundamentalité	459
2/ La voie d'une répartition fondée sur l'objet et les effets des contrôles	461
B/ L'excès de complexité : la question de conventionnalité	464
1/ L'obstacle surmontable : les conditions de recevabilité	465
2/ L'obstacle difficilement surmontable : les délais.....	469
II. La voie retenue : « l'avis en conventionnalité »	471
A/ Les vertus d'un avis en conventionnalité différencié.....	473
1/ Les vertus sur la stabilité de la loi	473
2/ Les vertus sur la stabilité du dialogue juridictionnel	478

B/ Les applications	481
1/ L'impossible plein contrôle en droit positif	482
2/ Proposition : création de la saisine pour avis en conventionnalité.....	485
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	497
CONCLUSION DU TITRE 2	499
CONCLUSION DE LA PARTIE.....	501
CONCLUSION GÉNÉRALE	503
ANNEXES	507
BIBLIOGRAPHIE	515
I. Ouvrages généraux.....	515
II. Thèses, monographies, ouvrages spéciaux	517
III. Articles, contributions, actes de colloques, chroniques	522
IV. Notes de jurisprudences	563
V. Rapports.....	570
VI. Déclarations, conférences, discours, interventions, entretiens.....	574
VII. Statistiques	578
INDEX THÉMATIQUE	581

Le contrôle par le juge judiciaire de la compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux

La compétence confiée au juge judiciaire pour contrôler la compatibilité des lois au regard des droits fondamentaux contenus dans les traités internationaux a engendré de profondes mutations du système juridique français. Sa concurrence avec les contrôles exercés par les autres juges de la loi a conduit à une évolution progressive de son contrôle. Une telle évolution, et sa confrontation avec les contrôles de la Cour européenne, du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice de l'Union européenne nous ont permis de relativiser l'efficacité d'une distinction fondée sur un contrôle « abstrait » et « concret » qui lierait ses caractères, son objet et ses effets.

La présente thèse lui préfère la dichotomie contrôle du « contenu » et de « l'application » de la loi, centrée sur l'objet et les effets du contrôle, à laquelle est ensuite combinée son caractère concret ou abstrait, dans leur sens le plus restrictif.

Cette démarche nous a permis de mieux appréhender les rapports qu'entretient le juge judiciaire avec les autres acteurs du contrôle de la loi, et d'apprécier l'intégration du double contrôle qu'il pratique au sein du système juridique français. Elle nous conduit à montrer que, contre toute attente et malgré une évolution tumultueuse, le double contrôle qu'exerce le juge judiciaire s'est intégré de manière équilibrée dans le paysage juridictionnel. S'agissant de son intégration dans le système juridique français, elle nous semble être un véritable atout, du fait des mutations qu'elle engendre sur les rapports qu'entretiennent le juge et la loi.

Bien que pouvant générer une certaine instabilité, l'importation de méthodes d'inspiration étrangère, particulièrement issues de pays de *common law*, a justifié la proposition de plusieurs ajustements des méthodes de contrôle du juge judiciaire. La mise à disposition de certains outils mériterait toutefois probablement des réformes plus profondes.