



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

École doctorale de droit privé

L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux

Approche judiciaire

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement
le 27 octobre 2023 par

Jeanne de DINECHIN

Sous la direction de
Madame Dominique FENOUILLET
Professeure à l'Université Paris Panthéon-Assas

Membres du jury

Madame Cécile CHAINAIS
Professeure à l'Université Paris Panthéon-Assas

Monsieur François CHÉNEDÉ
Professeur à l'Université Lyon 3 Jean Moulin, *rapporteur*

Monsieur Hugues FULCHIRON
Professeur à l'Université Lyon 3 Jean Moulin, *rapporteur*

Monsieur Thomas GENICON
Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas

Madame Anne-Marie LEROYER
Professeure à l'Université Paris Panthéon-Sorbonne

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

C'est à la professeure Dominique Fenouillet que je voudrais exprimer en premier lieu ma gratitude, pour sa disponibilité, sa bienveillance et sa rigueur qui m'ont guidée dans ce travail.

Je tiens à remercier le professeur Benoît Plessix pour l'entretien qu'il m'a accordé et ses éclairages précieux sur la notion d'intérêt général.

Je souhaite aussi remercier Madame Inès Cherichi, Madame Stéphanie Vacher, Madame Julie Baude et Madame Sophie Azria pour leur accueil au service de la documentation de la Cour de cassation, qui m'a permis d'accéder à des sources précieuses pour mon travail de recherche, ainsi que tous les conseillers rapporteurs et avocats généraux qui ont accepté que je cite leurs travaux dans mes développements.

Je voudrais exprimer toute ma reconnaissance à Antoine, Gabriel et Maxime pour leurs relectures et leurs conseils avisés tout au long de la thèse, ainsi qu'à Ludovic, pour ses corrections orthographiques minutieuses.

J'aimerais aussi remercier Catherine pour son expertise en philosophie ; Estelle, Grégoire et Nolwenn, en droit public ; Alice, en droit social ; Ségolène, en droit allemand et en histoire du droit.

Je voudrais remercier tous les amis exceptionnels qui m'ont accompagnée, conseillée et encouragée à l'Université – Antoine, Bertrand, Charlotte, Claire, Gabriel, Guiliu, Mathilde, Maxime, Mélodie, Nicolas, Ségolène – ainsi qu'à l'extérieur – Alice.

Enfin, je souhaite remercier ma famille : mes parents, ma sœur Alix, mon époux Grégoire et ma fille Aliénor, pour leur soutien, leur patience et leur gentillesse pendant ces années.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJ Fam.</i>	<i>Actualité juridique Famille</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité juridique droit pénal</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
al.	alinéa
<i>Arch. philo. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
Ass.	Assemblée du Conseil d'État
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
C. ass.	Code des assurances
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. gen. coll. terr.	Code général des collectivités territoriales
C. org. judi.	Code de l'organisation judiciaire
C. pr. civ.	Code de procédure civile
CA	Cour d'appel
<i>Cah. Cons. const.</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>Cah. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>Cah. méth. jur.</i>	<i>Cahiers de la méthodologie juridique</i>
Cass.	Cour de cassation
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CCE	<i>Communication commerce électronique</i>
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour/Convention européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre mixte de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e	Chambres civiles de la Cour de cassation
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
cons.	considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. actu.</i>	<i>Dalloz actualités</i>
<i>D. actu. eur. proc.</i>	<i>Dalloz actualités Europe procédure</i>
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
dir.	direction
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. adm.</i>	<i>Revue de droit administratif</i>
<i>Dr. civ.</i>	<i>Revue droit civil</i>
<i>Dr. fam.</i>	<i>Droit de la famille</i>
éd.	édition
égal.	également
<i>ENM – RJA</i>	<i>ENM Revue justice actualités</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>J.-Cl. Comm.</i>	<i>Juris-Classeur Communication</i>
<i>J.-Cl. Eur. Traité</i>	<i>Juris-Classeur Europe Traité</i>
<i>JCP</i>	<i>JurisClasseur Périodique (Semaine juridique)</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>Loyers copro.</i>	<i>Loyers et copropriété</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>

not.	notamment
<i>Nouv. Cah. Cons. const.</i>	<i>Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	page(s)
<i>préc.</i>	<i>Précité</i>
préf.	préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RBDC	<i>Revue belge de droit constitutionnel</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDH	<i>Revue des droits de l'homme</i>
RDLF	<i>Revue de droit des libertés fondamentales</i>
RDP	<i>Revue du droit public</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>Rép. cont. admin.</i>	<i>Répertoire de contentieux administratif</i>
<i>Rép. dr. civil</i>	<i>Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép. dr. immo.</i>	<i>Répertoire de droit immobilier</i>
<i>Rép. dr. internat.</i>	<i>Répertoire de droit international</i>
<i>Rép. dr. soc.</i>	<i>Répertoire de droit des sociétés</i>
<i>Rép. proc. civ.</i>	<i>Répertoire de procédure civile</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. dr. Assas</i>	<i>Revue de droit d'Assas</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RIEJ	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
RJPF	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique</i>
RSC	<i>Revue de sciences criminelles</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
s.	suivant(e)s
Sect.	Conseil d'État réuni en formation de section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
t.	tome
trad.	traduction
v.	voir
v°	<i>verbo</i>
vol.	volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : ANALYSE POSITIVE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

Titre premier : Analyse dynamique : l'existence du contrôle judiciaire

Chapitre 1 : L'omniprésence théorique de l'intérêt général dans les textes

Chapitre 2 : L'omniprésence théorique de l'intérêt général dans le contrôle

Titre second : Analyse méthodologique : les faiblesses du contrôle judiciaire

Chapitre 1 : La détermination du contenu de l'intérêt général

Chapitre 2 : La mise en œuvre de la limite d'intérêt général

SECONDE PARTIE : CRITIQUE PROSPECTIVE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

Titre premier : *De lege lata* : les effets critiqués contrôle judiciaire

Chapitre 1 : Les effets sur les sources du droit

Chapitre 2 : Les effets sur le fond du droit

Titre second : *De lege ferenda* : la réforme proposée du contrôle judiciaire

Chapitre 1 : La reconstruction du raisonnement

Chapitre 2 : La reconstruction des solutions

« Du droit, on ne dira jamais que sa loi est parfaite, ses ordonnances toujours justes, ses commandements tous droits. Nul ne chantera que ses préceptes restaurent l'âme et que ses ordres sont plus doux que les rayons du miel. La terre ne raconte pas la gloire du droit. En lui ne brille pas un soleil de justice. Sans y atteindre, il ne cesse pourtant d'y tendre. Il s'y efforce ; il s'y évertue. C'est bien en cherchant l'intégrité, la droiture et l'équité qu'il tisse son histoire, art en quête de sagesse. »¹

¹ G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, « avant-propos », p. VII.

INTRODUCTION

1. Balzac écrivait en 1842² dans *La femme de trente ans* : « La société ne peut exister que par les sacrifices individuels qu'exigent les lois »³. L'aphorisme⁴ résume la difficulté. La vie en société implique nécessairement des sacrifices de liberté. Jusqu'où peut-on imposer des concessions individuelles sans sombrer dans la tyrannie ? Comment intégrer l'intérêt particulier dans la règle sans dissoudre la cohésion sociale ? Comment faire prévaloir l'intérêt général sans broyer l'intérêt particulier ? La loi naît de ce tiraillement : légiférer pour tous, sans opprimer chacun, ni aliéner certains. La fabrique de la règle commune s'incarne dans un numéro d'équilibriste entre l'intérêt général – le bénéfice collectif de tous – et l'intérêt particulier – la protection de chacun.

2. **Antigone et Socrate : martyrs de la loi injuste.** Antigone est l'héroïne de la lutte contre la loi injuste. Ayant enseveli le cadavre de son frère en dépit de l'interdiction de son oncle, le tyrannique Créon, roi de Thèbes, elle choisit de mourir plutôt que de se soumettre à la loi : « “Tu connaissais mon édit ?” demanda Créon. “Oui” dit Antigone. “Et tu as transgressé la loi ?” “Ta loi, [...] n'est pas celle des dieux ni celle de la Justice”, dit Antigone »⁵. Exerçant ce que l'on appellerait aujourd'hui sa liberté de conscience⁶, elle s'opposa à l'arbitraire au prix de sa vie.

3. Socrate, condamné à mort par la Cité, à qui Criton proposa de s'évader de prison la veille de son exécution, imagina un dialogue avec une allégorie des lois athéniennes : « Au moment de nous enfuir, ou comme il te plaira d'appeler notre sortie, si les Lois et la République elle-même venaient se présenter devant nous et nous disaient : “Socrate, que vas-tu faire ? L'action que tu prépares ne tend-elle pas à renverser, autant qu'il est en toi, et nous et l'État tout entier ? Car, quel État peut subsister, où les jugements rendus n'ont aucune force, et sont foulés aux pieds, par les particuliers ?” »⁷. À l'inverse d'Antigone, Socrate accepte de mourir par crainte de déstabiliser l'ordre social par sa désobéissance à la loi commune.

² La publication de l'histoire sous forme de roman date de 1842 ; il rassemble en réalité plusieurs nouvelles publiées dans des revues entre 1829 et 1842 : H. de Balzac, *La femme de trente ans*, Folio classique, « Notice », p. 326 et s.

³ H. de Balzac, *La femme de trente ans*, Folio classique, p. 110.

⁴ Bien qu'écrit dans un contexte différent.

⁵ E. Hamilton, *La mythologie – Ses dieux, ses héros, ses légendes*, Marabout, p. 342.

⁶ D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, préf. G. Cornu, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 235, 1993.

⁷ Platon, « Prosopopée des lois », *Criton*, trad. V. Cousin, 50-a.

4. La loi doit limiter sans brimer : la poursuite de l'intérêt général. Comment trouver l'équilibre entre la loi injuste qui « ignore [...] le droit »⁸ et l'anarchie des volontés individuelles livrées à elles-mêmes ? Jusqu'où peut-on accepter la soumission aux règles du plus grand nombre ? Quand faut-il se révolter contre la règle générale qui heurte le cas particulier ? La réponse réside dans l'intérêt général, seul capable de légitimer la limitation de la liberté. Rousseau l'écrivait déjà : « la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun : car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible. C'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social, et s'il n'y avait pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne saurait exister. Or c'est uniquement sur cet intérêt commun que la société doit être gouvernée »⁹. En somme sur ce sujet, le juriste « oscille, pratiquement, entre les solutions inverses, en cherchant toujours une vérité qui fuit sans cesse »¹⁰. Cette ambivalence rejoint celle de la notion de « société démocratique », présente dans de nombreuses déclarations de droits¹¹, qui implique l'équilibre entre « les impératifs de la défense de cette société et la sauvegarde des droits individuels »¹².

5. La délicate mission de définir l'intérêt général. Aussi fondamental que soit l'intérêt général, il est malaisé d'en donner une définition¹³. Si la perception de la notion varie selon les auteurs, la difficulté de la définir fait l'unanimité : elle « ne se laisse pas facilement appréhender »¹⁴, ni « enfermer dans les classifications normatives traditionnelles »¹⁵. Ainsi, « il

⁸ V. Hugo, *L'homme qui rit*, Livre quatrième, VIII.

⁹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, Livre II, chap. 1, p. 61.

¹⁰ L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public dans le droit privé français – Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé, 1931-1932, Cours de droit – Répétitions écrites et orales*, p. 34 et 35 : « Depuis que le monde est monde, depuis qu'il y a un individu, une société et une notion de droit, on oscille, pratiquement, entre les solutions inverses, en cherchant toujours une vérité qui fuit sans cesse. Un système absolu est très difficile à faire fonctionner, et il est naturel que, pour un tel problème, le législateur ne puisse donner que des directives générales, laissant au juge le soin de l'adapter aux besoins particuliers du moment ».

¹¹ V. not. l'art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme précédemment citée, ainsi que la Charte canadienne des droits et libertés : v. W. S. Tarnopolsky, « Sources communes et parenté de la Convention européenne et des instruments canadiens des droits de la personne », in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Actes des journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures de 1984, éd. Yvon Blais inc., p. 61 et s., spéc. p. 69 et 70.

¹² J. Andriantsimbazovina, « L'abus de droit dans la jurisprudence de la CEDH », *D.* 2015.1854, spéc. p. 1855.

¹³ L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 10 : « Au fur et à mesure qu'on fait du droit, on se rend compte en effet, du peu de précisions qu'ont les notions fondamentales sur lesquelles s'appuie tout l'édifice. Ce sont toujours les bases d'un système qui donnent lieu aux controverses les plus nombreuses : ce sont les expressions les plus courantes qui sont les plus difficiles à définir ».

¹⁴ J.-L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Objectif droit », 4^e éd., 2005, n° 279, p. 146.

¹⁵ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, M. Verpeaux et B. Mathieur (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 35 et s., spéc. p. 36 et 37.

est peu d'idée dont aient autant parlé les jurisconsultes »¹⁶, et pourtant « il y a un mystère autour de l'intérêt général »¹⁷. « Ambigu », « flou », « insaisissable »¹⁸, « indéfinissable »¹⁹, « protéiforme »²⁰, « fuyant »²¹, « multiple »²², voire « contradictoire »²³ : tous ces qualificatifs attestent combien la définition de l'intérêt général, « âme du droit public »²⁴, est une « tâche [...] ardue »²⁵ qui « embarrasse le juriste »²⁶. C'est principalement « l'approche conceptuelle de la notion » qui est « malaisée » ; elle « ne se laisse enfermer dans aucune définition »²⁷ : son appréhension par son contenu apparaît presque « impossible »²⁸, en raison de son « haut degré d'imprécision »²⁹. La difficulté est accrue par une unification sémantique tardive. L'idée véhiculée par la notion d'intérêt général fut longtemps désignée par un vocabulaire « pléthorique »³⁰. La notion « chemine en compagnie »³¹ d'expressions telles que l'« "intérêt public" »³², l'« "intérêt commun" », l'« "intérêt de l'État" », l'« "intérêt de la nation" » ou la

¹⁶ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, « Chapitre IX : La notion d'intérêt général », 1911, éd. « La mémoire du droit », p. 170.

¹⁷ E. Zoller, « Avant-propos – L'intérêt général, un idéal français à l'épreuve des réalités du monde », in *L'intérêt général dans les pays de Common law et de droit écrit*, éd. Panthéon-Assas, 2017, spéc. p. 10.

¹⁸ A. Vidal-Naquet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, mémoire DEA Paris II, dir. M. Verpeaux, 1999, p. 3 et 4 ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 36.

¹⁹ G. Vedel, préf. thèse F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. G. Vedel, Economica, 1986, p. 3.

²⁰ M. Buydens, « Introduction. L'intérêt général, une notion protéiforme », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, M. Buydens et S. Dusollier (dir.), Bruylant, 2008, p. 1 et s.

²¹ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 36 ; D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 47 et s., p. 48.

²² G. Vedel, préf. F. Rangeon, *thèse préc.*, p. 3.

²³ V. Coq, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, préf. B. Plessix, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, n° 1, p. 15.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ J. Rivero, « Droit public et droit privé : Conquête ou *statu quo* », *D.* 1947, chron. XVIII, p. 18.

²⁶ B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuels », 4^e éd., 2022, n° 461, p. 628.

²⁷ G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rouseau, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 121, 2004, p. 1.

²⁸ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 3.

²⁹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 628 ; B. Mathieu, « Propos introductifs », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, M. Verpeaux et B. Mathieu (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 5 et s., spéc. p. 6 : « l'intérêt général se définit mal par sa substance ».

³⁰ J.-L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 277, p. 145.

³¹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 628.

³² F. Saint-Bonnet, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 9 et s., spéc. p. 9.

³³ V. J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, 1960, n° 3, p. 8 : l'auteur écrit que « l'intérêt public » est le « but de l'administration ». Il utilise indifféremment les deux expressions dans sa définition. V. aussi R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^e éd., 2001, n° 758 et s., p. 586 et s. ; J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 28^e éd., 2020, n° 3, p. 2 et G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif – Tome 1*, PUF, coll. « Thémis droit public », 12^e éd., 1992, p. 33 et p. 516 et s. : les auteurs tiennent d'ailleurs pour équivalentes les expressions « intérêt public », « intérêt général » et « utilité publique » (p. 516). Sur la proximité entre les expressions, v. D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis droit », 9^e éd., 2021, n° 180, p. 51 et A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1973, n° 63, p. 50 qui considère que « l'utilité publique » est équivalente à l'intérêt général. *Comp.* M. Deguergue, « Intérêt général et intérêt public :

« “volonté générale” »³³ mais aussi l’« utilité publique », l’« intérêt collectif » et le « bien commun »³⁴. Cette « polysémie » de « termes proches »³⁵ fait que la notion n’apparaît pas toujours en tant que telle dans les écrits anciens de droit administratif³⁶ et est parfois utilisée comme équivalente à des notions aujourd’hui considérées comme simplement voisines³⁷. Le vocabulaire pour la désigner fut longtemps « incertain »³⁸. La notion ne serait véritablement apparue en tant que telle qu’au XVIII^e siècle³⁹. Pourtant, l’idée que la société doit poursuivre le bonheur de tous autant que celui de chacun est l’une des plus anciennes de la philosophie politique⁴⁰. Elle est héritière de la *res publica* romaine, de l’*utilitas communis* décrite par Cicéron⁴¹ ou encore du bien commun d’Aristote et Saint Thomas d’Aquin⁴². Elle procède de la volonté générale selon Rousseau⁴³.

6. L’intérêt général, notion conceptuelle ? Malgré la difficulté, nombreux sont les auteurs qui tentent d’avancer des méthodes pour déterminer le contenu de l’intérêt général. Plusieurs approches furent suggérées, en écho à différentes perceptions de l’intérêt général. Selon le professeur Didier Truchet, le contenu de l’intérêt général pourrait se résumer par la référence aux « besoins de la population » et à « l’avantage de tous », selon l’expression

tentative de distinction », in *L’intérêt général – Mélanges en l’honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 131 et s. et E. Zoller, « Avant-propos », *art. préc.*, spéc. p. 10 : « nous ne tenons pas, toujours et systématiquement, l’intérêt public pour l’intérêt général. L’équivalence ne se fait pas de façon automatique ». Cependant, p. 10 et 11 : « L’équivalence ne se fait pas de manière automatique, en ce sens que l’intérêt général est conçu comme un troisième genre qui fusionne, plus qu’il n’agrège, les intérêts privés et l’intérêt public pour former quelque chose qui, de fait les dépasse tous les deux, mais en les satisfaisant l’un comme l’autre, en n’en lésant aucun si possible, bref, en les valorisant mutuellement ».

³³ F. Saint-Bonnet, « L’intérêt général dans l’ancien droit constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 9.

³⁴ D. Simon, « L’intérêt général vu par les droits européens », *art. préc.*, spéc. p. 48.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Par ex., ni « l’intérêt public », ni l’intérêt général » n’apparaissent à l’index du *Traité de droit administratif* de Messieurs Paul Duez et Guy Debeyre (P. Duez et G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952). Il en est de même de F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968 et J.-M. Auby, B. Bandet, L. Boulet, H. Buch, P. Carcelle, R. Catherine, Y. Chapel, H. Charnier, M. Crozier, R. Drago, A.-H. Dupond, C. Eisenmann, P. Escoube, B. Gournay, C. Goyard, L. Hamon, J.-F. Kesler, G. Langrod, P. Legendre, M. Lesage, D. Levy, J. Magnet, R. Malgoire, G. Mas, L. Mehl, G. Mond, R. Mogniot, D. Moulías, J. Rivero, E. Simon et G. Thuillier, *Traité de droit administratif*, préf. G. Vedel, Mouton&Co, Paris, 1966. De même, M. Waline, *Droit administratif*, Sirey, coll. « Traités Sirey », 9^e éd., 1963 et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif – Tome 1 – Droit administratif général*, LGDJ, 16^e éd., 2001 et Y. Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Manuel », 24^e éd., 2022, ainsi que M. Degoffe, *Droit administratif*, coll. « Ellipses », coll. « Cours magistral », 4^e éd., 2020.

³⁷ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 33 et p. 516 et s.

³⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 628.

³⁹ F. Saint-Bonnet, « L’intérêt général dans l’ancien droit constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 9.

⁴⁰ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 462, p. 630.

⁴¹ *Ibid.*, n° 462, p. 631 ; H. de Rohan, *De l’intérêt des princes et des États de la chrétienté*, éd. établie, introduite et annotée par C. Lazzeri, PUF, coll. « Fondements de la politique », 1995, « Introduction », p. 10 et 11.

⁴² Aristote, *L’Éthique à Nicomaque*, VIII, 11, 1160a, 11-13 : « Et cette utilité commune est le but visé par les législateurs, qui appellent juste ce qui est à l’avantage de tous ». V. aussi Saint Thomas d’Aquin, *Somme théologique*, q° 96, art. 4 : « Mais la vie sociale d’une multitude ne pourrait exister sans un dirigeant qui recherche le bien commun ».

⁴³ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 462, p. 632.

présente dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴⁴. Certains auteurs estiment que le contenu intérêt général est « transcendant », au sens où il n'est pas seulement « la somme algébrique des intérêts particuliers »⁴⁵. L'approche transcendante est également adoptée dans une conception « volontariste » de la notion⁴⁶, qui s'oppose à la vision « utilitariste » dans laquelle l'intérêt général résulterait de la recherche du résultat le plus avantageux⁴⁷. D'autres encore distinguent l'approche « objective » qui suppose de « statue[r] en fonction des représentations sociales propres à chaque époque » et des « besoins collectifs », à une approche plus subjective, selon laquelle une autorité désignée se trouve dépositaire de la détermination du contenu de l'intérêt général⁴⁸. On l'a enfin présenté comme le résultat d'un arbitrage ou d'un compromis⁴⁹, ce qui peut conduire à proposer une définition procédurale⁵⁰ : l'intérêt général résulte alors d'une « confrontation » entre les différents intérêts en présence, « tranchée » par l'institution dépositaire de l'autorité⁵¹. Cependant, cette notion juridique contingente et politique⁵² semble impossible à appréhender par son contenu⁵³. L'intérêt général est en effet « doté d'une forte charge idéologique »⁵⁴. Il participe en réalité à une rhétorique : la « cohésion » sociale repose sur le « dogme de l'intérêt général » selon lequel les institutions sont « mis[es] au service d'un but qui les dépasse » – le « bien de la collectivité »⁵⁵. Il incarne

⁴⁴ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 180, p. 50.

⁴⁵ B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 461, p. 629 ; J. Morand-Deville, P. Bourdon et F. Poulet, *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Cours LMD », 16^e éd., 2019, p. 27 ; V. Coq, *thèse préc.*, n° 13, p. 21 et n° 739, p. 336.

⁴⁶ J. Petit et P.-L. Frier, *Droit administratif, op. cit.*, n° 378, p. 259.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ G. Pellissier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, dir. G. Dupuis, thèse dactyl. Paris I, 1995, p. 67 ; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif, op. cit.*, p. 517.

⁵⁰ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 411, 2004, n° 78, p. 67 : « l'intérêt général est le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, légitimée à la fois de manière substantielle et dogmatique, et de manière procédurale et pragmatique ». V. aussi D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 180, p. 51 : permet de définir les conditions de détermination du contenu à partir du conflit entre les différents intérêts.

⁵¹ J.-L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 279, p. 146.

⁵² L'intérêt général dans la loi a un contenu politique parce qu'il émane du Parlement qui représente la majorité politique, chargée d'exprimer la volonté générale : G. Merland, *thèse préc.*, p. 132.

⁵³ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif, op. cit.*, p. 516. F. Saint-Bonnet, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 9 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 132 ; D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf. J. Boulois, 1977, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 125, p. 288 ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 5 et 6.

⁵⁴ B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 463, p. 632 ; J. Petit et P.-L. Frier, *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Précis Domat droit public », 16^e éd., 2022-2023, n° 378, p. 259 ; S. Velley, *Droit administratif*, Vuibert, 14^e éd., 2017-2018, n° 91, p. 96. F. Rangeon, *thèse préc.* ; F. Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, J. Chevallier (dir.), PUF, 1978, p. 11 et s.

⁵⁵ B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 463, p. 632 ; J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis droit », 6^e éd., 2019, p. 314.

un « mythe »⁵⁶ et un « outil [...] de justification et de légitimation du pouvoir »⁵⁷. Ainsi, « fatalement indéterminable et indéterminé », l'intérêt général est « mobile » et « évolutif »⁵⁸, il fluctue selon « les circonstances de temps et de lieu », mais aussi en fonction des « sensibilités, des mentalités, des mœurs » car « il s'adapte aux mutations politiques, sociales, économiques »⁵⁹.

7. L'intérêt général, notion fonctionnelle. En raison de l'embarras causé par une définition précise de son contenu, l'intérêt général a souvent été décrit comme une notion « fonctionnelle »⁶⁰. Le Doyen Vedel définit la notion fonctionnelle comme celle « dont l'unité est plus fonctionnelle que conceptuelle »⁶¹. Les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes »⁶² ; elles « *sont* indépendamment de ce à quoi elles *servent* »⁶³. À l'inverse, les notions fonctionnelles « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »⁶⁴. Selon une opinion quasiment « unanime »⁶⁵, l'intérêt général serait dès lors une notion « fonctionnelle »⁶⁶, qui « s'identifie davantage par ses caractéristiques »⁶⁷ et ses fonctions que par son contenu. L'intérêt général, notion fonctionnelle donc, peut revêtir différents rôles. Il peut ainsi être aussi bien un standard⁶⁸, le but de « l'activité

⁵⁶ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 180, p. 50.

⁵⁷ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 463, p. 632 ; D. Truchet, « La notion d'intérêt général, le point de vue d'un professeur de droit », *Légicom* 2017.5, n° 3 : L'intérêt général « met de la légitimité dans la légalité » ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 321 et s. : « instrument de légitimation » et p. 325 et s. : « instrument de persuasion » ; F. Saint-Bonnet, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 9.

⁵⁸ G. Dumont, M. Lombard et J. Sirinelli, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 14^e éd., 2021, p. 339.

⁵⁹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 628. V. aussi J. Rivero, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 3, p. 9 : « la délimitation de ce qui entre dans l'intérêt général varie avec les époques, les formes sociales, les données psychologiques, les techniques » et G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 517 : « la notion d'intérêt public n'est [...] pas invariable dans le temps et l'espace » ; D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 180, p. 50.

⁶⁰ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 20, p. 18 et 19. Sur la notion fonctionnelle, v. G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948.I.682 ; G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950.I.851, n° 4.

⁶¹ G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds... », *art. préc.*

⁶² G. Vedel, « La juridiction compétente... », *art. préc.*, n° 4.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, n° 5 : « il y a unanimité pour considérer que la notion [d'intérêt général] est fonctionnelle et non pas conceptuelle ». V. aussi : D. Truchet, *thèse préc.*, p. 287 : « Ce qui importe à la jurisprudence, c'est, au premier chef, la fonction de la notion d'intérêt général, et beaucoup moins son contenu : elle l'utilise ; elle ne la définit pas ». *Comp.* M. Mekki, *thèse préc.*, n° 68, p. 57 : l'auteur considère à l'inverse que l'intérêt général ne s'identifie pas exclusivement par ses fonctions : il y voit une notion « mi-fonctionnelle mi-conceptuelle » définie par sa fonction de « principe de légitimation », mais aussi par « certaines valeurs » et « principes dominants ».

⁶⁶ V. Coq, *thèse préc.*, n° 5, p. 17 ; F. Rangeon, *thèse préc.*, p. 8.

⁶⁷ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 629.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 460, p. 627.

administrative »⁶⁹, que l'objectif poursuivi par la loi⁷⁰. Son échelle peut également varier : il peut aujourd'hui émaner de nombreuses institutions, y compris supranationales, telles que l'Union européenne⁷¹, mais aussi d'instances locales⁷².

8. L'intérêt général et la loi. La loi doit, en principe, nécessairement poursuivre l'intérêt général : « toute règle légale est par nature, si ce n'est par essence, d'intérêt général »⁷³. L'intérêt général, « objet de la loi »⁷⁴, relève dès lors de la compétence du législateur⁷⁵. En théorie, la loi apparaît par définition⁷⁶ comme la norme d'intérêt général par excellence. Ainsi, là où est la loi, là est l'intérêt général. Cette réalité théorique s'explique par le rattachement de la loi avec la volonté générale⁷⁷ : il y a une « identité postulée » entre l'intérêt général et l'expression de la volonté générale⁷⁸, qui résulte notamment de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷⁹. La recherche de l'intérêt général fonde ainsi la légitimité de la loi, émanation de la « volonté du peuple souverain »⁸⁰. Cependant, plus qu'un simple principe théorique⁸¹, la présence de l'intérêt général comme objectif poursuivi par la loi constitue aujourd'hui une des conditions constitutionnelles de sa régularité⁸².

⁶⁹ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 61, p. 15 et n° 178, p. 50.

⁷⁰ V. *infra*, n° 160 et s. et D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 178, p. 50.

⁷¹ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 180, p. 51 ; V. Coq, *thèse préc.*, n° 22 et s., p. 25 et s.

⁷² V. Coq, *thèse préc.*, n° 18, p. 23.

⁷³ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 1023, p. 602.

⁷⁴ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 27. Et ce malgré le silence de la Constitution sur ce point : B. Mathieu, « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », dossier *La création du droit par le juge*, *Arch. philo. dr.*, t. 50, janv. 2007, p. 41 et s., spéc. p. 45.

⁷⁵ Conseil d'État – Rapport public 1999 – *Jurisprudence et avis 1998 – L'intérêt général*, La Documentation française, p. 263 ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 27 ; P. Mazeaud, « De l'intérêt général », Académie des sciences morales et politiques, séance 7 févr. 2011 : « Le Parlement » est l'« incarnation de l'intérêt général » à travers la « représentation nationale » ; M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 1993.23, spéc. p. 34 et 39 : l'intérêt général est « l'intention du législateur » et c'est aussi une « exigence pour le législateur ».

⁷⁶ B. Mathieu, *Les « validations » législatives – Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, coll. « Dr. pub. pos. », 1987, p. 201 ; M. Mekki, « La nullité, entre modernité et tradition », *Gaz. Pal.*, n° 1, 3 janv. 2017, doct. 21, spéc. p. 117 : « toute règle par définition poursuit au moins en partie un but d'intérêt général ».

⁷⁷ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 41.

⁷⁸ *Ibid.* ; B. Mathieu, « Propos introductifs », *art. préc.*, spéc. p. 6 ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 23.

⁷⁹ M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC* 1990.31, spéc. p. 33.

⁸⁰ B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 461, p. 629.

⁸¹ Qu'on a d'ailleurs parfois qualifié d'« incantation » (D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 179, p. 50) ou de « fiction » (B. Mathieu, *Les « validations » législatives, op. cit.*, p. 201).

⁸² B. Mathieu, *Les « validations » législatives, op. cit.*, p. 201 ; M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *art. préc.*, spéc. p. 41 et 42 : « Le Conseil constitutionnel lui-même n'est pas loin d'admettre cette thèse, au moins sous sa forme négative. Quand il écrit que la loi "n'exprime que la volonté générale dans le respect de la Constitution", la formule signifie bien qu'une loi non conforme à la Constitution n'exprime pas la volonté générale. Mais elle signifie aussi que vérifier qu'une loi est conforme à la Constitution, c'est vérifier qu'elle exprime la volonté générale ».

9. L'intérêt général en droit administratif : le « but » de l'action administrative⁸³. Dans sa composante juridique⁸⁴, l'intérêt général constitue la « finalité » du droit administratif français⁸⁵. Il « n'est pas seulement une vague idée qui influence souterrainement le droit administratif »⁸⁶ : il constitue « une véritable catégorie juridique du droit positif, [...] présent[e] dans le contenu même des règles de droit, et dont le respect est garanti par le juge, notamment administratif »⁸⁷. Il est la « mesure » de l'action administrative, il la « fonde », la « limite »⁸⁸, et la « justifie »⁸⁹ : l'Administration ne doit en principe poursuivre que des buts « désintéressés », qui se rattachent au « bien commun »⁹⁰. Il constitue une condition juridique de « légalité » des actes administratifs⁹¹ : « est seule légale l'action administrative justifiée par l'intérêt général ; est illégal tout acte de l'Administration poursuivant un but étranger à l'intérêt général ou un but d'intérêt général autre que celui assigné par les textes en vigueur »⁹².

10. Une notion interne et internationale. L'intérêt général n'est pas exclusivement une notion de droit interne. Elle apparaît également dans les institutions internationales. On en trouve ainsi de nombreuses manifestations en droit de l'Union européenne, comme une notion

⁸³ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 33 et p. 516 et s. ; P. Gonod, *Droit administratif général*, Dalloz, coll. « Mémentos », 1^{re} éd., 2018, p. 6 ; P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, t. 1, p. 105 ; J.-L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 277, p. 145 ; G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, Sirey, coll. « Université », 12^e éd., 2011, n° 6, p. 3 et s. (v. aussi l'édition plus récente 18^e éd., 2022 par N. Chiffot et M. Tourbe, les développements sur l'intérêt général sont similaires). J. Waline, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 3, p. 2 (cet auteur parle d'intérêt « public ») ; D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 61, p. 15 et n° 178, p. 50 ; J. Petit et P.-L. Frier, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 8, p. 18. J. Morand-Deville et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 27. C. Debbash et F. Colin, *Droit administratif*, Economica, 12^e éd., 2018. G. Dumont et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 339. L'intérêt général comme critère du droit administratif : A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, n° 63, p. 50 ; B. Mathieu, *Les « validations » législatives*, *op. cit.*, p. 201.

⁸⁴ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 517.

⁸⁵ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 459, p. 625.

⁸⁶ *Ibid.*, n° 460, p. 625.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 179, p. 50 ; G. Dumont et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 339.

⁸⁹ G. Dumont et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 339. B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 460, p. 626 : « le juge administratif, à l'occasion de son contrôle juridictionnel sur les activités exercées par l'Administration, fait également de l'intérêt général la fin légale de l'action administrative, dans son sens étymologique de but et de terme, de justification et de limitation » ; l'intérêt général est tout à la fois « le but à atteindre, et la limite à ne pas franchir ». V. aussi « L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique », in *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 271 et s. Sur la justification de l'action administrative, v. aussi J.-L. Autin et C. Ribot, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 277, p. 145.

⁹⁰ La notion de « bien commun » renvoie sans doute à une vision plus philosophique de l'intérêt général : Aristote, *L'Éthique à Nicomaque*, VIII, 11, 1160a, 11-13 et Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, q° 96, art. 4. J. Rivero, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 3, p. 8 (même définition dans la version plus récente de J. Waline, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 3, p. 2). J. Petit et P.-L. Frier, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 378, p. 259 ; J. Morand-Deville et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 27 ; M.-P. Deswarte, « Intérêt général, bien commun », *RDP* 1988.1289.

⁹¹ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 520 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 460, p. 626 ; J. Moreau, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, n° 138 et s., p. 196 et s.

⁹² B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 460, p. 626.

distincte de sa forme nationale⁹³. L'intérêt général existe également en tant que tel dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁴. Il s'attache ainsi à chaque ordre juridique, ce qui peut entraîner des conflits entre différents niveaux d'intérêt général.

11. Une notion du droit privé. « Âme du service public », « notion-mère du droit administratif »⁹⁵, « pierre angulaire de l'action publique »⁹⁶, « épine dorsale du droit public »⁹⁷, l'intérêt général serait le « critère de distinction essentiel entre le droit public et le droit privé »⁹⁸. Toutefois, cette « notion transversale »⁹⁹ n'est pas absente du droit privé¹⁰⁰. Tout d'abord, l'intérêt général est indissociablement lié à la loi. Ensuite, à travers le contrôle du contenu du contrat au moyen de l'ordre public, le juge judiciaire se trouve chargé du respect de l'intérêt général comme limite à la liberté contractuelle. Enfin, il arrive que le juge judiciaire manie la notion en droit privé.

12. L'intérêt général devant la Cour de cassation en droit public. Avant même la mise en œuvre de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, la Cour de cassation l'utilisait déjà comme critère dans le cadre de sa compétence en droit public¹⁰¹ ; cette situation est toujours d'actualité. C'est ainsi qu'elle qualifie certaines situations juridiques sous l'angle de cette notion : séquestres d'intérêt général¹⁰², servitudes administratives¹⁰³, travaux¹⁰⁴,

⁹³ D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens », *art. préc.*, spéc. p. 49 et s. V. aussi S. U. Colella, *La restrictions des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, préf. S. Besson, Bruylant, 2018, n° 612 et s., p. 290 et s.

⁹⁴ B. Ubushieva, *L'intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. Y. Lécuyer et D. Szymczak, thèse dactyl. Univ. Bordeaux, 2018, en part. p. 137 et s.

⁹⁵ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 23.

⁹⁶ « Introduction », in *Conseil d'État – Rapport public 1999 – Jurisprudence et avis 1998 – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 245 et s., spéc. p. 245.

⁹⁷ « L'intérêt général, finalité et limite de l'action publique », in *Conseil d'État – Rapport public 1999 – Jurisprudence et avis 1998 – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 271 et s., spéc. p. 277.

⁹⁸ G. Merland, *thèse préc.*, p. 1.

⁹⁹ D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 5.

¹⁰⁰ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 25 et s., p. 21 et s.

¹⁰¹ Sur la compétence de la Cour de cassation en droit administratif, v. not. D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 446, p. 144.

¹⁰² Sur ce point, v. A. Touzain, *La consignation*, préf. C. Brenner, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2022, n° 348 ; art. L. 252-1 et s., c. justice militaire ; F.-J. Pansier, *Rép. dr. civ.*, « Séquestre », nov. 2022, n° 54 et s. V. par ex. Com., 26 nov. 1985, n° 84-13.206.

¹⁰³ J. Djoudi, *Rép. dr. immo.*, « Servitudes – Construction de servitudes », avr. 2016, actu. avr. 2023, n° 186 et 188 ; F. Terré et P. Simler, *Droit civil – Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2018, n° 326 et s., p. 275 et s. V. par ex. : Civ. 3^e, 10 déc. 1969, *Bull. civ. III*, n° 817, où il était question de « servitudes d'intérêt général ».

¹⁰⁴ V. par ex. Req., 25 mars 1935, *Syndicat intercommunal d'électricité de Seyssel et Coudret*, DP 1937.1.17 et Civ. 1^{re}, 6 oct. 2010, n° 09-15.448. Sur le régime et le critère d'intérêt général, v. N. Boulouis, *Rép. cont. admin.*, « Travaux publics – Notions », sept. 2014, actu. avr. 2019, n° 4 et s. et CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur c. Époux Latanne et Brousse*, *Rec. Lebon*, p. 573 ; DP 1922.3.26, concl. Corneille.

ouvrages¹⁰⁵ ou encore marchés publics¹⁰⁶. Elle emploie parfois des notions voisines de l'intérêt général telles que « l'intérêt public »¹⁰⁷ ou « l'utilité générale »¹⁰⁸.

13. L'intérêt général devant la Cour de cassation dans les litiges de droit privé.

La Cour de cassation se réfère parfois à la mission d'intérêt général de la SAFER¹⁰⁹. L'intérêt général est également invoqué pour des cas d'intérêt à agir en justice de certaines associations¹¹⁰. Il arrive également que la Cour de cassation emploie l'expression « intérêt général » de manière inexacte, pour désigner un intérêt collectif : elle évoque ainsi parfois « l'intérêt général » d'une société¹¹¹ ou d'une association¹¹².

14. L'ordre public contractuel : mise en œuvre de l'intérêt général en droit privé.

En droit public, comme en droit privé, l'intérêt général entretient un lien particulier avec l'ordre public¹¹³, les deux notions étant « intimement lié[es] »¹¹⁴. Beaucoup d'auteurs évoquent l'un pour expliquer l'autre et tentent de déceler le lien qui les unit¹¹⁵. Selon la célèbre formule

¹⁰⁵ V. par ex. Civ. 3^e, 27 juin 1990, n° 88-19.920, où la Cour parle « d'ouvrage d'intérêt général ». V. N. Boulouis, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 6 et 7.

¹⁰⁶ V. par ex. Civ. 1^{re}, 4 oct. 2017, n° 16-21.693.

¹⁰⁷ V. par ex. Soc., 22 juin 2016, n° 15-20.111, Civ. 1^{re}, 5 juin 2019, n° 18-13.843, Soc., 23 sept. 2015, n° 14-21.317 ou encore Soc., 23 sept. 2015, n° 14-21.316.

¹⁰⁸ V. par ex. Civ. 1^{re}, 19 oct. 1965, publié au bulletin, à propos d'une fondation ou encore Civ. 1^{re}, 17 févr. 1965, publié au bulletin et Civ. 1^{re}, 21 nov. 1961, publié au bulletin à propos des travaux et ouvrages publics. À propos du domaine public : Civ. 3^e, 14 nov. 2002, n° 00-13.842 et Civ. 3^e, 30 mai 1996, n° 94-12.956, d'une servitude administrative : Civ. 3^e, 11 déc. 1970, n° 69-11.322, ou encore au sujet de la défense par un syndicat des intérêts d'une profession : Civ. 1^{re}, 7 mars 1978, n° 76-14.030.

¹⁰⁹ V. par ex. Civ. 3^e, 27 avr. 2017, n° 15-29.139, Civ. 3^e, 12 nov. 1974, n° 73-12.697 ou encore Civ. 3^e, 3 avr. 2014, n° 14-40.006. V. N. Olszak, *Rép. dr. soc.*, « Agriculture : groupement de sociétés agricoles – Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural », sept. 2008, actu. janv. 2022, n° 217 et s.

¹¹⁰ V. par ex. Civ. 1^{re}, 20 oct. 1981, n° 80-14.741, *Bull. civ.* n° 301 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Précis », 36^e éd., 2022, n° 215, p. 195.

¹¹¹ V. par ex. Civ. 1^{re}, 13 mars 1990, n° 88-12.433, Com., 4 oct. 1994, n° 93-10.934, Com., 22 févr. 2005, n° 03-17.421, Civ. 3^e, 5 juill. 2018, n° 17-19.975.

¹¹² Crim., 8 nov. 1988, n° 87-91.364.

¹¹³ Pour le lien avec le bien commun, v. P. Malaurie, *Les contrats contraire à l'ordre public*, dir. P. Esmein, éd. Matot-Braine, 1951, n° 44, p. 37 et n° 45, p. 38 : « Toute loi vise au bien commun tandis que toute loi ne cherche pas à réaliser l'ordre public » et plus loin « Le bien public est l'ensemble complet de toutes les règles ayant pour objet le bien de la collectivité, tandis que l'ordre public est le petit faisceau des cadres fondamentaux sur lesquels repose la Société, son bâti élémentaire » (n° 52, p. 41). La distinction ne semble pas clairement faite entre bien commun, qui est une notion plus philosophique que juridique, et l'intérêt général, mais on voit que le lien est fait entre les différentes notions.

¹¹⁴ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil code*, « Art. 6 – Fasc. unique : Ordre public et bonnes mœurs – Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats », 24 oct. 2018, n° 3 ; sur les liens entre les deux notions, v. également N. Jacquinot, *Ordre public et Constitution*, dir. L. Favoreu, thèse dactyl. Aix-Marseille, 2000, n° 78 et s., p. 54 et s. Certains vont jusqu'à considérer qu'il est impossible de les différencier : P. Leclercq, *J.-Cl. Civil Code – Archives ant. au 1^{er} oct. 2016*, « Art. 6 – Fasc. unique : Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats », 10 févr. 2011, n° 23.

¹¹⁵ V. not. A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 3. En réalité, les études sur l'ordre public sont si nombreuses qu'il serait vain d'en donner une liste exhaustive. Pour quelques références : Y. Lequette, « Ouverture », colloque sur *Les mutations de l'ordre public contractuel*, RDC 2012.262 ; E. Ripoché, *La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux*, dir. Y. Lequette, thèse dactyl. Paris II, 2019, n° 1327, p. 783 ; P. Malaurie, *thèse préc.* ; M. Mekki, *thèse préc.* ; E. Fragu, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle – Essai critique du rôle de la dignité humaine*, dir. Y. Lequette, thèse dactyl. Paris II, 2015 ; J. Carbonnier, « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. Revet (dir.), 1996, p. 1 et s., spéc. p. 1.

du Doyen Carbonnier, l'ordre public est le « rocher » sur lequel s'appuie l'ordre juridique¹¹⁶. À l'instar de l'intérêt général¹¹⁷, c'est une « notion fonctionnelle »¹¹⁸, un standard¹¹⁹, « indéfinissable » par son contenu¹²⁰ indéterminé¹²¹ : « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert »¹²². En droit privé, les valeurs portées par l'ordre public sont abstraites et variées : il forme le rempart des institutions sociales fondamentales que sont notamment « l'État, la famille, l'individu »¹²³. Il se rattache le plus souvent au contrôle du contenu du contrat¹²⁴, à travers la mise en œuvre de règles qui ne sauraient être contournées¹²⁵. Ainsi, bien que « liées »¹²⁶, les notions d'intérêt général, d'ordre

¹¹⁶ J. Carbonnier, « Exorde », *art. préc.*, spéc. p. 1. D'ailleurs il constitue également une notion incontournable du droit public : il compte parmi les fondements juridiques nécessaires à la justification des limites apportées à l'exercice des libertés, en particulier dans le cadre de la police administrative (B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 641, p. 892 et 893). Dans ce contexte, il englobe classiquement trois objectifs très concrets que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques (B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 642, p. 894 ; v. également A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 5, qui cite notamment le texte de l'art. 2212-2 c. gen. coll. terr. : « la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques »).

¹¹⁷ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 641, p. 893.

¹¹⁸ F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. Revet (dir.), 1996, p. 3 et s., spéc. p. 3.

¹¹⁹ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1327, p. 783 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 641, p. 893 ; A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 8 ; *contra* M. Mekki, *thèse préc.*, n° 317 et s., p. 199 et 334, p. 208, qui considère que l'ordre public « peut être appréhendé de façon substantielle en fonction de l'idée du droit qu'il poursuit à un moment donné, dans un espace donné ». Mais cette position ne semble pas contredire les arguments précédents : la notion fonctionnelle est celle qui ne peut être définie par un contenu fixe, ce qui rejoint la position du professeur Mustapha Mekki.

¹²⁰ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 641, p. 893.

¹²¹ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1327, p. 783 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 641, p. 893 ; A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 8.

¹²² Il est d'usage de signaler, pour montrer la diversité de la notion, que Malaurie lista vingt-trois définitions de l'ordre public dans sa thèse de doctorat : P. Malaurie, *thèse préc.*, n° 1, p. 3 et s.

¹²³ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 23.

¹²⁴ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 385, p. 234 : « l'ordre public assure une hiérarchisation des intérêts légitimée par référence à une table des valeurs sociales, opérant ainsi une dialectique permanente entre l'Ordre et la Justice. Cette hiérarchie est d'intérêt général » ; n° 288, p. 187 : « l'intégration dogmatique » est à la fois « formelle » et « axiologique » ; n° 383 à 385, p. 234 et 235 : c'est l'ordre public qui permet cette « intégration » dans l'intérêt général ; n° 292, p. 188 et n° 320, p. 201 : le contrat doit respecter l'intérêt général tant du point de vue de la « cohérence de l'ordre juridique » que des valeurs considérées comme « essentielles ». Par la mise en balance des intérêts, l'ordre public « permet de faire primer un intérêt, vecteur d'une valeur jugée fondamentale, sur un autre. Il est, en ce sens, un mécanisme d'éviction et un instrument de hiérarchisation ».

¹²⁵ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 641, p. 893 ; C. Drouiller, *Ordre public et droits fondamentaux*, dir. S. Pellé, thèse dactyl. Univ. Pau, 2018, n° 312 et s., p. 274 et s. ; n° 316 et s., p. 278 et s. ; n° 353 et s., p. 315 et s. et n° 413 et s., p. 393 et s. : dont un ordre public constitutionnel et un ordre public conventionnel, régis par la Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel. Sur l'ordre public en lien avec l'intérêt général en droit constitutionnel, v. S. Leturcq, *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. T. Renoux, LGDJ, coll. « Bibl. cons. sc. pol. », t. 125, 2005, p. 94 et 95. Cette définition revient cependant à réduire l'ordre public à des caractéristiques telles que l'impérativité : F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2022, n° 564, p. 774.

¹²⁶ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 3.

public, et même de bonnes mœurs¹²⁷ sont distinctes. L'ordre public est plus précis que l'intérêt général, dont il constitue tantôt un sous-ensemble, tantôt un enjeu¹²⁸.

15. La théorie moderne des nullités : mise en œuvre de l'intérêt général en droit privé. L'intérêt général trouve également application en droit privé dans la théorie des nullités. Dans l'approche moderne, la distinction entre nullité absolue et nullité relative dépend de « la finalité poursuivie par la règle méconnue »¹²⁹ : l'atteinte à un intérêt privé se rattache à une nullité relative ; la règle protectrice d'un intérêt général entraîne une nullité absolue¹³⁰. Cette

¹²⁷ E. Fragu, *thèse préc.*, n° 46, p. 37 : les bonnes mœurs sont le « réceptacle juridique de la loi morale » et la limite à la liberté contractuelle (n° 4, p. 3). E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1322, p. 780 : « composante morale de l'ordre public ». Sur la proximité entre ordre public et bonnes mœurs et la difficulté de les différencier, v. E. Fragu, *thèse préc.*, n° 40 et 41, p. 34 ; J.-J. Lemouland, G. Piette et J. Hauser, *Rép. dr. civ.*, « Ordre public et bonnes mœurs », n° 174 ; D. Fenouillet, « La loi, le juge et les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ? », *RDC* 2005.1284, spéc. p. 1286 ; v. également J. Foyer, « Les bonnes mœurs », in *1804-2004 – Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 495 et s., n° 26, p. 507. Sur les tentatives de différenciation : J. Foyer, « Les bonnes mœurs », *art. préc.*, n° 26, p. 507 ; D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487 et s., n° 6, p. 490 : « les bonnes mœurs permettaient de compléter un ordre public textuel nécessairement lacunaire » ; E. Fragu, *thèse préc.*, n° 43 et 44, p. 36. Quelques textes qui mentionnent encore l'expression : J.-J. Lemouland, G. Piette et J. Hauser, *Rép. dr. civ.*, *préc.*, n° 176. Art. 900 c. civ. : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » ; art. 1387 c. civ. : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent ». L'expression recouvre principalement les enjeux de morale familiale et sexuelle (J. Carbonnier, *Droit civil – Les biens – Les obligations*, vol. II, PUF, coll. « Quadrige », 1956, n° 983, p. 2036, v. A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 40). Sa présence tend cependant à se raréfier : E. Fragu, *thèse préc.*, n° 41, p. 35 ; A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 41 et 42 parle de « mort jurisprudentielle » ; D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes... », *art. préc.* ; E. Fragu, *thèse préc.* ; l'exemple célèbre de l'arrêt Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, dit arrêt *Galopin* : la solution, qui accepte de considérer valable une libéralité consentie pour et dans le cadre de l'entretien d'une relation adultère, n'aurait probablement pas été retenue à une époque antérieure. De nombreux auteurs voient cet arrêt comme un événement marquant de la chute des bonnes mœurs, sur ce point, v. not. G. Pignarre, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 2005.1299, n° 7 ; D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes... », *art. préc.*

¹²⁸ Sur ce point, v. N. Jacquinot, *thèse préc.*, n° 82, p. 59.

¹²⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 13^e éd., 2022, n° 141, p. 160.

¹³⁰ *Ibid.*, n° 141, p. 161 ; ce sont les auteurs qui soulignent.

distinction, délicate à mettre en œuvre et souvent critiquée¹³¹, a été consacrée dans le code civil par la réforme du droit des contrats et des obligations¹³².

16. L'ordre public et la théorie des nullités constituent ainsi les manifestations classiques de l'intérêt général devant le juge judiciaire. La montée des droits fondamentaux en montre un nouvel aspect : avec la mise en œuvre des textes porteurs de droits fondamentaux conventionnels et constitutionnels, le juge judiciaire se trouve dépositaire de la mission de peser la limite d'intérêt général à l'exercice des droits et libertés.

17. **Origine des droits fondamentaux.** Les droits fondamentaux auraient pour origine le « christianisme » et son souci de protection de la « dignité humaine » comme principe

¹³¹ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 1023, p. 601 et 602 : distinction « essentiellement pédagogique » et « peu satisfaisante » en ce qu'« il n'y a pas de distinction ni de nature, ni de degré entre intérêt général et intérêt particulier. Ils sont consubstantiels » car selon l'auteur, « l'intérêt général est le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés ». Sur l'incohérence des solutions jurisprudentielles, v. M. Mekki, *thèse préc.*, n° 1019, p. 598. Il propose le critère de « l'intérêt supérieur » : M. Mekki, *thèse préc.*, n° 1029, p. 606, ce qui pose la question de l'articulation entre la nullité d'ordre public et la nullité absolue. Sur ce point, v. B. Sturlèse, « Mandat immobilier – Plaidoyer pour un revirement circonscrit de la jurisprudence trentenaire sur la nullité absolue du mandat immobilier affecté d'irrégularité formelle – Extraits de l'Avis », *JCP G* 2017.305, spéc. p. 541 ; v. aussi Y. Picod, *Rép. dr. civ.*, « Nullité », juill. 2019, actu. oct. 2022, n° 44 et S. Sana-Chaillé de Néré, *JCl. Civil Code – Archives antérieures au 1er octobre 2016*, « Art. 1304 à 1314 – Fasc. 10 : Nullité ou rescision des conventions – Généralités : nullité », 4 sept. 2012, actu. 1^{er} mars 2016, n° 11 : certaines règles d'ordre public entraînent évidemment des nullités relatives. Pour une autre critique de la distinction, qui est souvent mise en œuvre au détriment de l'intérêt général, v. R. Libchaber, « Pour la nullité absolue – même en matière de formalisme ! », *D.* 2013.1113, spéc. p. 1115 : « la nullité est absolue quand elle sanctionne la méconnaissance d'un intérêt général. Mais comment identifier cette règle, quand la notion d'intérêt général nous échappe largement – au contraire de l'intérêt privé que notre individualisme n'a aucun mal à concevoir ! ». R. Libchaber, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2002.1253 ; R. Libchaber, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2007.1729, spéc. p. 1731. V. également A. Posez, « La théorie des nullités – Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011.647, qui propose un nouveau critère de distinction en fonction de « la nature de l'élément vicié » par la nullité ; T. Genicon, « Les nouvelles méthodes de la Cour de cassation et le droit des contrats : vers une inflexion de la théorie des nullités », *RDC* 2017.415 : « l'opposition entre règle protégeant l'intérêt général et règle protégeant un intérêt privé est mal assurée » et O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, « Art. 1179 à 1181 », p. 373 et 374 (les auteurs s'interrogent sur l'opportunité de consacrer définitivement la théorie moderne des nullités, ce qui ôte toute latitude au juge).

¹³² Art. 1179 c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général [alinéa 1er]. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé [alinéa 2nd]. ». V. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil...*, *op. cit.*, n° 143, p. 163. Cette consécration pourrait donner un nouveau souffle à la nullité absolue et à l'intérêt général, en raison du texte adopté : T. Genicon, « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016.751, n° 8 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats...*, *op. cit.*, « Art. 1179 à 1181 », p. 374 et 375 (sur l'élargissement des titulaires de l'action par cette formulation) ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, n° 473, p. 395 : « comme la nullité est relative lorsque la règle violée a pour “seul” objet la sauvegarde d'un intérêt privé, la nullité devrait être absolue lorsque la règle violée visait à préserver, et l'intérêt d'une partie, et l'intérêt général », le domaine de la nullité relative pourrait en être réduit de manière importante ; v. également M. Mekki, « L'ordonnance 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016.494, n° 21. On a même pu se demander si la nullité relative survivrait à ce nouveau texte, en dehors de la prescription de la loi : N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p. 81.

de limitation du pouvoir¹³³. Certains droits, notamment la protection des libertés procédurales et des garanties pénales, existaient sous l'Ancien Régime¹³⁴. La construction politique se précise avec des juristes tels que Pufendorf¹³⁵, des philosophes tels qu'Aristote et Saint Thomas d'Aquin¹³⁶ et des penseurs politiques tels que Locke, Montesquieu, Rousseau¹³⁷, mais aussi Voltaire¹³⁸, Condorcet, d'Alembert¹³⁹, ou encore Paine¹⁴⁰, Burke¹⁴¹ et Proudhon¹⁴². Les premiers grands textes de droits fondamentaux viennent d'Angleterre et sont bien plus anciens que la première déclaration de droits française : la *Magna Carta* en 1215, l'*Habeas Corpus* en 1679 et la *Bill of Rights* de 1689¹⁴³. La *Déclaration d'indépendance* des États-Unis en 1776 s'inscrivait dans une logique similaire, nourrie par les idées des Lumières¹⁴⁴. En France, le point de départ fut la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789¹⁴⁵. Avant cette date, les droits et libertés n'ont pas formellement d'existence juridique¹⁴⁶, ou du moins, pas individuellement¹⁴⁷. La période suivant la Seconde Guerre mondiale vit naître de nombreuses Déclarations¹⁴⁸, notamment dans le Préambule de la Constitution de 1946, la Déclaration universelle des droits de l'homme, en 1948, ou encore la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en 1947 sous l'égide du Conseil de l'Europe, dont l'importance est aujourd'hui centrale en droit français.

18. Tout comme l'intérêt général, l'expression de « droits fondamentaux » est récente et son emploi ne dispense pas d'une certaine justification. En effet, de nombreuses expressions voisines peuvent être employées pour désigner des réalités proches.

¹³³ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2022, n° 6, p. 4.

¹³⁴ J.-L. Gazzaniga, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, 6^e éd., 2000, p. 11 et s., n° 31 et s., p. 16 et s.

¹³⁵ C. Leclercq, *Libertés publiques*, Litec, 5^e éd., 2003, n° 21, p. 15.

¹³⁶ *Ibid.*, n° 19, p. 14.

¹³⁷ L. Favoreu, A. Duffy-Meunier, I. Fassassi, P. Gaïa, O. Le Bot, L. Pech, A. Pena, A. Roux et G. Soffoni, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2021, n° 9 à 11, p. 21 et 22 ; X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 6, p. 5.

¹³⁸ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 10, p. 21.

¹³⁹ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Melin-Soucramanien, A. Pena, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni et J. Treneau, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2015, n° 14, p. 12.

¹⁴⁰ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 11, p. 22.

¹⁴¹ C. Leclercq, *Libertés publiques*, *op. cit.*, n° 23, p. 17.

¹⁴² *Ibid.*, n° 25, p. 18.

¹⁴³ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 12, p. 22 et 23 ; X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 8, p. 5 et 6.

¹⁴⁴ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 16, p. 125 ; X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 8, p. 6.

¹⁴⁵ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 18, p. 27.

¹⁴⁶ J.-L. Gazzaniga, « La dimension historique des libertés... », *art. préc.*, n° 21, p. 12.

¹⁴⁷ *Ibid.*, n° 24, p. 13.

¹⁴⁸ C. Leclercq, *Libertés publiques*, *op. cit.*, n° 38, p. 28 : le Préambule de la Constitution de 1946 ; J.-L. Gazzaniga, « La dimension historique des libertés... », *art. préc.*, n° 24, p. 13 : Déclaration universelle des droits de l'homme.

19. Les libertés publiques. Les « libertés publiques »¹⁴⁹ sont distinctes des « libertés ou même [de] la Liberté »¹⁵⁰, car elles « supposent que l'État reconnaisse à tout individu le droit d'exercer, à l'abri de toutes pressions extérieures, un certain nombre d'activités déterminées »¹⁵¹. Elles renvoient à une vision de la notion du point de vue du droit interne : les libertés sont alors protégées « contre l'administration »¹⁵². L'impression du caractère « traditionnel » de la notion¹⁵³ vient sans doute du fait qu'elle était principalement employée avant la multiplication des sources internationales de droits et libertés fondamentaux¹⁵⁴. Les libertés publiques s'entendent en effet principalement dans les relations de l'individu avec l'État¹⁵⁵. Elles désignent « toutes les règles qui concourent à l'aménagement et à la protection des libertés »¹⁵⁶ et « constituent [...] des pouvoirs de choix »¹⁵⁷, ce qui les différencie des droits de l'homme qui rassemblent également des droits-créances¹⁵⁸. En effet, « si les libertés

¹⁴⁹ Expression retenue par de nombreux manuels, parmi lesquels : P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Cours », 9^e éd., 2021, n° 1 et s., p. 1 et s. ; R. Letteron, *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2012 ; G. Burdeau, *Libertés publiques*, 4^e éd., LGDJ, 1972 ; C. Leclerc, *Libertés publiques*, *op. cit.* Les libertés publiques ont également été définies par opposition avec les libertés privées : « La liberté publique est une liberté accordée à tous d'une façon telle que son exercice par chacun ne conduise en aucun cas à porter atteinte à l'exercice de ces mêmes libertés par autrui. Le critère d'une liberté publique est qu'elle appartient à tous. *A contrario*, la liberté privée se caractérise par le fait qu'elle n'est réservée qu'à certains ; elle constitue un privilège accordé à un petit nombre, refusé aux autres. Ainsi, *le droit de propriété* » (J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 8^e éd., 2009, n° 11, p. 14), mais cette présentation ne sera pas retenue ici.

¹⁵⁰ J. Morange, *Les libertés publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 7^e éd., 1999, p. 5. V. aussi P. Amssek, « La Liberté et les libertés publiques », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Wachsmann*, Dalloz, 2021, p. 5 et s.

¹⁵¹ J. Morange, *Les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵² L. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier 20-21 janv. 1989, D. Rousseau et F. Sudre (dir.), éd. STH, coll. « Les grands colloques », 1990, p. 33 et s., spéc. p. 34.

¹⁵³ R. Letteron, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵⁴ *Contra* C. Leclerc, *Libertés publiques*, *op. cit.*, n° 8, p. 5 : « Une liberté publique se présente comme un aspect circonscrit de la liberté, traduit en droit par des textes constitutionnels et/ou internationaux et soumis à un régime de protection juridique précisé par ces textes et d'autres textes subséquents qui visent, par des procédures appropriées, à faire valoir la liberté ainsi définie ».

¹⁵⁵ P. Wachsmann, *Libertés publiques*, *op. cit.*, n° 1 et s., p. 1 et s.

¹⁵⁶ J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques – Tome 1*, PUF, coll. « Thémis droit public », 9^e éd., 2003, p. 1. V. aussi G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, coll. « Université », 8^e éd., 2009, p. 4 : « l'ensemble des règles juridiques garantissant l'exercice des droits et libertés dans un État donné ».

¹⁵⁷ J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁸ *Ibid.* : « Si à l'origine, la liste des droits de l'homme ne comprenait que de tels pouvoirs, de telle sorte qu'il y avait coïncidence entre droits de l'homme et libertés, on a reconnu plus tard que la nature humaine exigeait autre chose : un minimum de sécurité matérielle, qui implique notamment la protection de la santé et possibilité de trouver un emploi rémunéré, et aussi un minimum de développement intellectuel, lié à l'accès à l'enseignement, à la culture, à l'information. Ces droits de l'homme, aussi essentiels que ceux qui avaient été initialement reconnus, s'en distinguent d'un point de vue juridique : ils confèrent à leur titulaire, non pas un pouvoir de libre opinion et de libre action, mais une créance contre la société, tenue de fournir, pour y satisfaire, des prestations positives impliquant la création de services publics : sécurité sociale [...] etc. ». Selon cette présentation, les droits de la « deuxième génération » (v. *infra*, n° 138 et s.) ne sont donc pas des libertés publiques. Pour une présentation similaire, v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 32, p. 31.

publiques sont bien des droits de l'homme, tous les droits de l'homme ne sont pas des libertés publiques »¹⁵⁹.

20. Les droits de l'homme. Cette expression, couramment employée pour désigner les droits fondamentaux, est sans doute la plus transparente à l'oreille d'un non-juriste. Elle est à la fois plus « floue »¹⁶⁰ et plus inclusive¹⁶¹. Elle renvoie tantôt à une certaine « philosophie des libertés publiques », tantôt aux droits fondamentaux appréhendés par le droit international¹⁶². En outre, elle peut avoir une connotation « militante »¹⁶³, en raison de son rattachement à un certain « Droit naturel »¹⁶⁴ : « selon cette conception, l'homme parce qu'il est homme, possède un ensemble de droits, inhérents à sa nature, et qu'on ne peut méconnaître sans porter atteinte à celle-ci »¹⁶⁵. Les droits de l'homme « transcenderai[ent] » ainsi toute « reconnaissance par les textes »¹⁶⁶. Le terme comporte également un rattachement symbolique à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁶⁷.

21. Les libertés fondamentales. Les libertés fondamentales ont une connotation « supra-légale » : elles désignent souvent les droits et libertés portés par la Constitution¹⁶⁸ et les Conventions internationales¹⁶⁹. Ainsi, l'expression est souvent jugée moins « restrictive » du point de vue du « champ d'application »¹⁷⁰, que celle des libertés publiques, qui semble davantage renvoyer au droit interne. En outre, l'approche semble plus « formelle », que dans l'expression « droits de l'homme », qui est plus « matérielle »¹⁷¹. Il est classique de considérer

¹⁵⁹ J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁰ G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme, op. cit.*, p. 3.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² P. Wachsmann, *Libertés publiques, op. cit.*, n° 6, p. 5. D'ailleurs, les ouvrages de droit international sur ce sujet, parlent souvent des droits de l'homme : v. F. Sudre, L. Milano, B. Pastre-Belda, et A. Schalmanecche, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 16^e éd., 2023 ; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme – Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, coll. « Manuel », 9^e éd., 2021 ou encore, L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, éd. A. Pedone, 2016.

¹⁶³ R. Letteron, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 3 ; G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme, op. cit.*, p. 2 et 3 : « en vogue » et « mobilisateur ».

¹⁶⁴ J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 7 ; X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 30, p. 30 : vision « jusnaturaliste » des droits fondamentaux, « inhérents à la nature humaine ».

¹⁶⁵ J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 30, p. 30.

¹⁶⁸ P. Wachsmann, *Libertés publiques, op. cit.*, n° 5, p. 4 ; L. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 34. V. aussi X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 36, p. 33 : sur le lien entre l'expression « droits et libertés fondamentales » et le contrôle de constitutionnalité. V. aussi V. Champeil-Desplats, « La notion de “fondamentalité” et le droit constitutionnel français », *D.* 1995.323.

¹⁶⁹ L. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 34.

¹⁷⁰ R. Letteron, *Libertés publiques, op. cit.*, p. 2.

¹⁷¹ *Ibid.*

que la fundamentalité peut s'analyser de deux points de vue différents¹⁷². Il peut en effet s'agir d'un critère formel : une règle est fondamentale en raison de sa source conventionnelle ou constitutionnelle¹⁷³, en tout cas supra-légale¹⁷⁴. La fundamentalité s'envisage en outre du point de vue de la substance : un droit est alors fondamental en raison de son importance¹⁷⁵ et notamment de son lien avec la dignité humaine¹⁷⁶.

22. « Droits » ou « libertés » ? Faut-il parler de « droits » ou de « libertés » pour désigner les droits fondamentaux ? La distinction existe au moins théoriquement : « Les libertés sont, au sens strict et précis, des facultés de penser ou d'agir, tandis que les droits impliquent de pouvoir revendiquer d'un débiteur qu'il fasse positivement quelque chose [...] ou au moins que le système juridique protège une certaine exclusivité »¹⁷⁷. La liberté a ainsi une définition plus « négative »¹⁷⁸ que le droit¹⁷⁹. Cependant, la distinction est loin d'être étanche en pratique : « affirmer la liberté d'expression ne revient-il pas nécessairement à garantir le droit de s'exprimer librement ? »¹⁸⁰.

¹⁷² E. Dreyer, « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006.551, n° 17 et s., p. 562 et s. ; J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection de droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* 2002.124, spéc. p. 124 et 125 et M. Mekki, « La fundamentalisation du droit de la preuve : réflexion sur les dérives d'un "droit à la vérité" », dossier *La fundamentalisation du droit*, *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 58 et s., n° 2, p. 59 : distinguent le point de vue « essentialiste » du point de vue « formaliste ». V. aussi P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préf. F. Sudre, PUAM, 2005, n° 84, p. 79 et n° 87, p. 81 ; E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998.6, spéc. p. 7 ; E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006.738, n° 9 et s. ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2022, v° « Les droits subjectifs », n° 14, p. 229.

¹⁷³ E. Dreyer, « Du caractère fondamental... », *art. préc.*, n° 17 et s., p. 562 et s. ; J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel... », *art. préc.*, spéc. p. 124 et 125 et M. Mekki, « La fundamentalisation du droit de la preuve... », *art. préc.*, n° 2, p. 59 : distinguent le point de vue « essentialiste » du point de vue « formaliste ». V. aussi P. Muzny, *thèse préc.*, n° 84, p. 79 et n° 87, p. 81 ; E. Picard, « L'émergence... », *art. préc.*, spéc. p. 7 ; E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux... », *art. préc.*, n° 9 et s.

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ E. Dreyer, « Du caractère fondamental... », *art. préc.*, n° 10 et s., p. 558 et s. ; E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux... », *art. préc.*, n° 9 et s.

¹⁷⁷ M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 29.

¹⁷⁸ S. Henneute-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2^e éd., 2015, n° 3, p. 10.

¹⁷⁹ D'où le fait que les droits de la « deuxième génération » ne sont pas des libertés : J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁰ S. Henneute-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 2, p. 9 ; v. aussi X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 43, p. 38 : « Il n'est pas rare qu'un droit fasse écho à une liberté ». Également E. Picard, « "Les droits et libertés" : un couple paradoxal », *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 547 et s. Par une sorte d'assimilation entre la liberté de fait et la liberté juridique, certains auteurs affirment que la liberté est « antérieure à la règle juridique » (S. Henneute-Vauchez et D. Roman, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 3, p. 9), « entérinée par l'ordre juridique et non constituée par lui » (*ibid.*), à l'inverse des droits qui sont « définis et délimités » par l'ordre juridique (*ibid.*). En réalité, la distinction n'est pas aussi stricte et les libertés sont tout aussi « instituées » juridiquement que les droits.

23. Diversité sémantique. La diversité du vocabulaire désignant les droits fondamentaux est finalement plus visible encore que pour l'intérêt général. On pourrait encore citer d'autres appellations : certains auteurs parlent par exemple de « droits humains » dans une logique d'égalité entre les hommes et les femmes¹⁸¹. Il n'est pas rare non plus de trouver l'expression « droits et libertés fondamentaux »¹⁸².

24. Choix de l'expression « droits fondamentaux ». L'expression « droits fondamentaux » semble aussi « difficile à définir » que l'intérêt général lui-même, tant elle représente dans l'inconscient des juristes un « agrégat hétéroclite de droits et de libertés dont le seul point commun réside en cela que le locuteur qui utilise la formule les tient simplement pour “importants”, “essentiels” ou “déterminants” »¹⁸³. Souvent employée dans un contexte extrajuridique¹⁸⁴, elle serait apparue pour la première fois dans la Charte des Nations Unies en 1945¹⁸⁵. Si la formule retenue pour cette étude ne brille pas par sa précision¹⁸⁶, elle « a le mérite de permettre de saisir la problématique des droits et libertés dans sa totalité »¹⁸⁷. Certes, le terme de « droit » apparaît sans doute restrictif, mais il dépeint l'ambiguïté pratique de la distinction entre droits et libertés, tout en témoignant de l'importance de ces derniers, qui pousse les pouvoirs publics à en protéger toujours davantage. En outre, l'expression rassemble en réalité toutes les autres et permet d'embrasser la définition la plus large de la notion¹⁸⁸.

25. Les déclarations de droits fondamentaux, bien que revêtues d'une indiscutable portée symbolique, auraient conservé une faible portée juridique sans un double phénomène qui les plaça sur le devant de la scène judiciaire. C'est par l'apparition des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité¹⁸⁹ de la loi que le juge judiciaire se trouva dépositaire

¹⁸¹ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 31, p. 30. C'est d'ailleurs la logique qui semble adoptée par l'ouvrage de Y. Lécuyer et F. Lemaire, *Cours de droits humains et libertés*, Gualino, coll. « Amphi LMD », 1^{re} éd., 2022, n° 19 et 20, p. 28.

¹⁸² V. par ex. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 36, p. 33.

¹⁸³ E. Picard, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, coll. « Quadrige », 1^{re} éd., 2003, p. 544 et s., spéc. p. 544 et 545. Sur la catégorie, v. M. Tetu, *La catégorie juridique des droits et libertés*, dir. D. Mongoin, thèse dactyl. Univ. Lyon Jean Moulin, 2020.

¹⁸⁴ E. Picard, « L'émergence... », *art. préc.*, spéc. p. 7.

¹⁸⁵ E. Dreyer, « Du caractère fondamental... », *art. préc.*, n° 1, p. 551. Sur l'émergence de la notion, v. aussi M.-L. Pavia, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n° 54, p. 6 et s.

¹⁸⁶ R. Letteron, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 2 : bien que la notion de « libertés publiques » soit « marginalisée, elle n'a pas pour autant été remplacée par une autre jugée plus satisfaisante ».

¹⁸⁷ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 36, p. 33 : l'auteur parle en réalité de l'expression « droits et libertés fondamentaux ».

¹⁸⁸ Pour les différentes « conceptions » du caractère fondamental, v. V. Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social*, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), Dalloz, 2005, p. 11 et s., spéc. p. 25 et s. : conception « axiologique », « formelle », « structurelle », « commune ».

¹⁸⁹ L'orthographe retenue pour les mots « constitutionnalité » et « conventionnalité » est contraire aux recommandations de l'Académie française qui préconise de ne mettre qu'un « n ». Toutefois, la pratique montre

de la mission de confronter l'intérêt général aux droits fondamentaux. L'adoption de la question prioritaire de constitutionnalité dont la Cour de cassation effectue désormais le filtrage, lointaine héritière de l'amorce du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel au tout début des années 1970, en constitue le premier aspect. Le second s'incarne dans le contrôle de conventionnalité, à partir de 1975, qui explique l'importance de la place actuelle occupée par la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique.

26. Origine du contrôle de l'intérêt général au regard des droits fondamentaux constitutionnels. C'est par la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971 que le Conseil s'empara, officiellement et définitivement¹⁹⁰, du contrôle de la loi au regard des droits et libertés fondamentaux inscrits dans la Constitution¹⁹¹. « Tournant fondamental »¹⁹² du contrôle des lois au regard des droits et libertés constitutionnels, la décision « audacieuse »¹⁹³ souleva de virulentes critiques. « Coup d'état de droit »¹⁹⁴, « seconde naissance »¹⁹⁵, « coup de tonnerre »¹⁹⁶, « nouvelle ère »¹⁹⁷, cette décision affranchit le Conseil constitutionnel de son rôle originel de « régulateur de l'action des pouvoirs publics »¹⁹⁸ cantonné à l'examen de « la régularité externe des lois »¹⁹⁹, pour l'« ériger[r] [...] en gardien des droits et libertés contre la volonté législative »²⁰⁰. Sans doute l'influence d'institutions voisines – telles que la Cour constitutionnelle allemande – dotées d'un important pouvoir politique, a-t-elle influencé ce renouveau²⁰¹. Depuis, le phénomène a pris de l'ampleur et son développement s'est accompagné du contrôle de l'intérêt général, « érigé [...] en condition de constitutionnalité de

que le mot « constitutionnalité » est toujours écrit ainsi par la doctrine et les institutions. De même, le mot « conventionnalité » est majoritairement orthographié avec deux « n ». C'est donc l'orthographe que nous retiendrons, pour ces deux mots, par souci d'uniformité.

¹⁹⁰ X. Bioy, L. Burgogue-Larsen, P. Deumier, E. Dreyer, X. Dupré de Boulois, A. Martinon et R. Tinière, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, X. Dupré de Boulois (dir.), Dalloz, 4^e éd., 2023, n° 34-35, §3, p. 275 : ce n'était ni la première fois que le Conseil constitutionnel faisait application de droits et libertés rattachés à la Constitution (Cons. const., 9 juill. 1970, n° 70-40 DC), ni la première fois que le Préambule de la Constitution était invoqué en tant que fondement d'une norme constitutionnelle (Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC) ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2^e éd., 2016, n° 59, p. 59, qui fait également référence à Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC.

¹⁹¹ Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC.

¹⁹² J. Robert, « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP* 1971.1171, spéc. p. 1171.

¹⁹³ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 58, p. 58.

¹⁹⁴ O. Cayla, « Le coup d'état de droit ? », *Le Débat* 1998/3, n° 100, p. 108 et s.

¹⁹⁵ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 58, p. 59.

¹⁹⁶ M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, coll. « Mémentos », 2^e éd., 2020, p. 193.

¹⁹⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 58, p. 59.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ L. Favoreu, « Conseil constitutionnel et pouvoirs publics », *RDP* 1967.5, spéc. p. 15 et s.

la loi »²⁰², comme « justification des limites apportées par le législateur à des droits ou libertés reconnus par la Constitution »²⁰³. La décision fut également le point de départ de la construction par le Conseil constitutionnel de l'ensemble normatif qu'il applique et qui, dépassant le strict texte de 1958, englobe désormais le « bloc de constitutionnalité »²⁰⁴. Avant cette date, « jamais un pas aussi important n'avait été fait dans la voie d'une protection véritable des libertés »²⁰⁵. En permettant le contrôle de la loi au regard des droits et libertés fondamentaux, le Conseil constitutionnel inaugura l'examen approfondi de l'intérêt général, critère déjà présent dans sa pratique jurisprudentielle²⁰⁶ et réaffirmé comme limite aux droits fondamentaux. Si les prémisses du contrôle de la limite d'intérêt général aux droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel datent de 1971, il faut attendre la « petite révolution »²⁰⁷ de 2008 pour que la Cour de cassation soit associée, par son rôle de filtre, à l'examen des lois au regard des règles constitutionnelles²⁰⁸.

27. Origine du contrôle de l'intérêt général au regard des droits fondamentaux conventionnels. C'est par le célèbre arrêt *Administration des douanes contre société des Cafés Jacques Vabre et société Weigel*, rendu en chambre mixte le 24 mai 1975²⁰⁹, que la Cour de cassation reconnut la possibilité pour le juge judiciaire d'écarter l'application d'une loi en raison de sa contrariété à un traité international²¹⁰. Ainsi, approuvant la cour d'appel d'avoir écarté une loi contraire au Traité et chronologiquement postérieure à ce dernier, la Cour de cassation permit pour la première fois le contrôle direct par le juge ordinaire d'une loi au regard

²⁰² G. Merland, *thèse préc.*, p. 103.

²⁰³ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 42 et 43.

²⁰⁴ X. Bioy *et al.*, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 34-35, §8, p. 278.

²⁰⁵ J. Robert, « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *art. préc.*, spéc. p. 1197.

²⁰⁶ V. par ex. Cons. const., 23 févr. 1970, n° 70-59 L, cons. 1, où l'expression est présente en tant que telle.

²⁰⁷ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Droit civil », 9^e éd., 2022, n° 277, p. 342.

V. aussi la qualification de « big bang juridictionnel » : D. Rousseau, « La question de constitutionnalité, un *big bang* juridictionnel », *RDP* 2009.631. V. aussi D. Rousseau, « La question préjudicielle de constitutionnalité : une belle question ? », *LPA*, 25 juin 2009, p. 7 et s., spéc. p. 7

²⁰⁸ Pour une analyse, v. not. P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD Civ.* 2010.504.

²⁰⁹ Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, v. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 4, p. 34 et s.

²¹⁰ Ch. mixte, 24 mai 1975, *préc.*, v. H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4, p. 34 et s. : il était question en l'espèce de l'application sur du café importé des Pays-Bas, d'un tarif prévu par l'article 265 du code des douanes. Il était soutenu que ce texte était contraire aux stipulations de l'article 95 du Traité de Rome en ce qu'il prévoyait des taxes discriminatoires par rapport à celles exigées pour les cafés produits en France, en dépit de l'interdiction de « frapper les produits des autres États d'impositions intérieures [...] supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires ».

de règles d'origine internationale²¹¹. « Séisme juridique »²¹², « révolution du palais »²¹³, cet arrêt « spectaculaire »²¹⁴, d'une « exceptionnelle importance »²¹⁵, qui « rompt résolument avec l'état du droit antérieur »²¹⁶, permit aux juges « d'écarter un texte clair et précis voté par le Parlement »²¹⁷, en raison de la « primauté absolue »²¹⁸ du traité sur la loi. Certains auteurs virent dans cet arrêt une réponse à l'« invitation constitutionnelle » adressée au juge ordinaire par la décision *IVG*²¹⁹. Quelques mois avant l'arrêt *Jacques Vabre* en effet, le 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel avait exposé sans détour la différence entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, se déclarant par là même incompétent pour procéder au premier²²⁰. L'arrêt *Jacques Vabre* fut ainsi présenté par une partie de la doctrine comme une simple application de l'article 55 de la Constitution relatif à la supériorité du traité sur la loi²²¹, dont le juge s'autorisait à tirer les conséquences²²². Le Conseil d'État emboîta le pas à la Cour

²¹¹ Sur l'arrêt d'appel, CA Paris, 7 juill. 1973, *D.* 1974.159, v. A. Touffait, concl. sur Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *D.* 1975.497, spéc. p. 499 et 500. J. Rideau, note sous arrêt CA Paris, 7 juill. 1973, *D.* 1974.159, n° 3, p. 163 ; A. Touffait, *concl. préc.*, spéc. p. 500 ; H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.2, p. 36 : « *lex posterior derogat priori* (la loi postérieure déroge à la loi antérieure) ». V. aussi concl. Cabannes, *Gaz. Pal.* 1973.II.661, spéc. p. 663. L'arrêt d'appel confirmait également celui de première instance : TI Paris 1^{er} arrdt., 8 janv. 1971.

²¹² H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.1, p. 36.

²¹³ J. Foyer et D. Holleaux, note sous Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Rev. crit. DIP* 1976.351, spéc. p. 359.

²¹⁴ J. Rideau, note sous arrêt CA Paris, 7 juill. 1973, *préc.*, p. 163.

²¹⁵ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.1, p. 36.

²¹⁶ *Ibid.*, n° 4.5, p. 38.

²¹⁷ *Ibid.*, n° 4.8, p. 40.

²¹⁸ J. Rideau, note sous arrêt CA Paris, 7 juill. 1973, *préc.*, p. 163.

²¹⁹ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 284, p. 356 ; A. Marais, *Introduction au droit*, Vuibert, 11^e éd., 2022-2023, n° 138, p. 123.

²²⁰ Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, cons. 4. V. cependant, semblant infléchir la position sans « pour l'heure », avoir « franchi le pas » (A. Marais, *Introduction au droit*, *op. cit.*, 9^e éd., n° 138, p. 123), Cons. const., 31 juill. 2017, n° 2017-749 DC, cons. 44 ; v. J. Roux, « La jurisprudence *IVG* fragilisée par inadvertance », *D.* 2017.2378. V. encore, sur l'articulation entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité, *infra*, n° 193 et s. et Cons. const., 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC, cons. 8 à 11. V. P. Deumier, « Interprétation conforme et QPC : la doctrine du droit mort vivant », *RTD civ.* 2021.88.

²²¹ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 284, p. 355, et aussi note de bas de page n° 98, p. 355 : l'article 25 de la Constitution de 1946 prévoyait déjà que « les traités régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises ».

²²² *Ibid.*, n° 284, p. 356. Auparavant on appliquait la « doctrine Matter » : élaborée par le procureur général du même nom et consacrée dans un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation de 1936, elle prévoyait la conciliation par une sorte d'interprétation conforme de la loi postérieure au Traité, le législateur ayant nécessairement voulu réserver l'application de l'accord international conformément à l'article 55 (H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.3, p. 37, v. Civ., 4 févr. 1936, *DH* 1936.145 ainsi que Civ., 22 déc. 1931, *Sanchez*, *DP* 1931.1.113, concl. P. Matter, note A. Trasbot ; *S.* 1932.1.157, note J.-P. Niboyet ; Civ., 4 févr. 1936, *DH* 1936.145 ; J. Rideau, note sous arrêt CA Paris, 7 juill. 1973, *préc.*, p. 163 ; H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.3, p. 37, v. Civ., 4 févr. 1936, *S.* 1936.1.257, note Raynaud). Ce sont les conclusions l'avocat général qui firent pencher la balance : A. Touffait, *concl. préc.*, spéc. p. 503 : « si l'article 55 n'avait entendu viser que les lois antérieures au traité, il aurait suffi qu'il disposât que "le traité a force de loi", puisque c'est un principe absolu que la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure » ; « l'analyse des textes, conforme à l'éthique internationale voulue par les constituants de 1946 et 1958, conduit donc, inéluctablement, à considérer que la notion de supériorité du traité sur la loi n'a de sens qu'à l'égard des lois postérieures au traité, puisqu'à l'égard des lois antérieures la réponse est évidente, comme il est évident que l'ordre

de cassation une quinzaine d'années plus tard²²³, rompant également avec une jurisprudence très établie²²⁴. Il convient de souligner qu'à l'époque, comme aujourd'hui, il n'appartenait pas au juge d'abroger la loi, mais simplement de refuser son application au litige en raison de sa contrariété à un traité international²²⁵. Il s'agissait toutefois d'une appréciation *in abstracto*, c'est-à-dire de la validité de la loi *en elle-même* au regard de la règle internationale : dans le cas où elle était constatée par le juge, son « application » n'était qu'« écart[ée] » pour le litige²²⁶ ; elle était donc maintenue dans l'ordre juridique, quoique fortement affaiblie²²⁷ par une inconventionnalité *erga omnes*²²⁸, le législateur ayant seul le pouvoir de l'abroger. Avec le développement du contrôle de conventionnalité, les règles internationales invoquées se diversifièrent. Dans le domaine des droits fondamentaux, la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour prirent une ampleur sans précédent. De très nombreuses lois furent passées au crible de ces exigences, le plus souvent pour être confortées par les juges. Cette adoption eut en outre pour conséquence l'ajout du contrôle de conventionnalité dit « *in concreto* », contrôle dont le point de départ fut le fameux arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013, relatif à la demande d'annulation d'un mariage entre un homme et son ex-bru sur le fondement de l'article 161 du code civil²²⁹. Ainsi, le juge judiciaire ne contrôle plus seulement la compatibilité abstraite de la loi aux droits fondamentaux : il vérifie également la conformité de sa mise en œuvre concrète dans une espèce déterminée. Dans le premier cas, ce refus d'application a un caractère plus définitif, la règle étant jugée incompatible avec la Convention. Dans le second, son maintien est assuré, seule son application dans le cas d'espèce est écartée.

28. Le contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux mit le juge en situation de rechercher la justification de la loi. C'est ainsi que le contrôle de la loi impliqua rapidement

juridique international ne peut être réalisé et se développer que si les États appliquent avec loyauté les conventions qu'ils ont signées, ratifiées et publiées ».

²²³ CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243.

²²⁴ CE, 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, n° 62814. V. H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.11, p. 42 : le revirement aurait eu lieu sous l'influence d'une décision du Conseil constitutionnel Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-216 DC, cons. 6.

²²⁵ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.7, p. 39.

²²⁶ A. Marais, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 141, p. 124. Contrairement au Conseil constitutionnel qui a le pouvoir d'abroger la loi : F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 569, p. 780.

²²⁷ A. Marais, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 141, p. 124 : l'auteur souligne que la responsabilité de l'État pourrait même être recherchée sur le fondement de l'arrêt *Gardedieu* CE, 8 févr. 2007, n° 279522.

²²⁸ V. Fourment, *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation – L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance du contrôle de conventionnalité*, dir. F. Rouvière, thèse dactyl. Univ. Aix-Marseille, 2022, n° 63, p. 79 et s.

²²⁹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

le contrôle de l'intérêt général et la confrontation de ce dernier aux droits fondamentaux. Une telle rencontre révéla le double lien existant entre l'intérêt général et les droits fondamentaux.

29. L'intérêt général comme fondement de la protection des droits fondamentaux. Tout comme il est à la fois le soutien et la limite à l'action administrative²³⁰, l'intérêt général est à la fois le soutien et la limite des droits fondamentaux. Il est sans aucun doute d'intérêt général de respecter les droits et libertés fondamentaux²³¹. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit d'ailleurs que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme ». Ainsi, l'intérêt général justifie le respect des droits fondamentaux²³².

30. L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux. Si « l'intérêt général n'est pas l'ennemi de la liberté »²³³, il peut toutefois en devenir l'adversaire. L'intérêt général, le plus souvent à travers la loi, est un facteur de limitation de la liberté individuelle²³⁴ ; c'est la « dialectique classique »²³⁵ qui l'unit aux droits fondamentaux²³⁶. Par conséquent, « l'intérêt général apparaît [...] comme un instrument essentiel dans la construction d'une

²³⁰ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 179, p. 50.

²³¹ L'idée est présente dans toute la thèse de Monsieur Nirmal Nivert : v. not. N. Nivert, *L'intérêt général et les droits fondamentaux*, dir. L. Sermet, thèse dactyl. Univ. La Réunion, 2012, n° 328, p. 265 et 266. V. aussi l'intervention de P.-H. Teitgen, in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Martinus Nijhoff Publishers, 1979, vol. 1, p. 55 : « J'ai dit que cette question [de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] était d'un intérêt général pour l'Europe. Or, ceci s'applique également à mon pays ».

²³² N. Nivert, *thèse préc.*, n° 260, p. 207.

²³³ D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 11.

²³⁴ F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2016.796, n° 8 : « Pour permettre la vie en société, les libertés des uns doivent encore être conciliées avec les droits des autres. Toutes les déclarations le rappellent : immédiatement après avoir proclamé un droit ou une liberté, elles s'empressent d'ajouter que le législateur ne pourra qu'en limiter la jouissance ou l'exercice pour préserver les droits d'autrui. Par où réapparaît la réalité de la loi : un compromis entre les aspirations contradictoires inhérentes à la vie en société, compromis, qui, de par sa fonction, porte nécessairement atteinte aux droits des uns ou aux libertés des autres ». V. aussi B. Mathieu, « Propos introductifs », *art. préc.*, spéc. p. 6 et R. Pelloux, « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux États liés par les Conventions et pactes relatifs aux droits de l'Homme ? », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme*, Quatrième colloque du Département des droits de l'Homme, Bruylant Bruxelles, 1982, p. 43 et s., spéc. p. 46 où l'auteur affirme : « tous les textes récents relatifs à la protection internationale des droits de l'homme prévoient, au moins pour certains de ces droits, la possibilité pour l'État de leur apporter des limitations ou restrictions en vue de sauvegarder un intérêt commun, qui déborde de la notion classique d'ordre public ». V. aussi N. Nivert, *thèse préc.*, n° 328, p. 265 et 266 et P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. F. Benoît-Rohmer, Bruylant, Bruxelles, 2011, n° 989, p. 651 et 652 : « certains droits ne sont pas uniquement des droits subjectifs devant être garantis et respectés pour le bien-être qu'ils procurent aux personnes mais sont également des droits qui participent au bon fonctionnement de la démocratie ». V. encore P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 275, p. 340.

²³⁵ F. Sudre et al., *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

²³⁶ Sur cette relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux, v. G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité – En France, Allemagne et Angleterre*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 179, 1995, p. 174.

théorie générale des droits fondamentaux »²³⁷ ; il constitue leur « “limite immanente” »²³⁸. La liberté de chacun peut ainsi être restreinte dans l’intérêt de tous, qui seul justifie de limiter les prérogatives individuelles. Le constat se répercute dans les textes porteurs de droits fondamentaux : il est très fréquent que les textes édictant les droits et libertés prévoient la faculté pour les autorités de les restreindre au moyen de règles justifiées par l’intérêt général²³⁹.

31. Intérêt général formel et intérêt général substantiel : la double manifestation de la limite dans les textes porteurs de droits fondamentaux. L’intérêt général constitue juridiquement, dans de nombreux textes de droits fondamentaux, la seule limite acceptable à leur exercice. L’analyse des textes porteurs de droits fondamentaux montre que la limite d’intérêt général peut se manifester de deux manières. Elle peut tout d’abord être formelle : l’intérêt général est simplement cité seul tel quel, ou à travers des notions voisines – « intérêt public » ou « utilité commune », par exemple²⁴⁰ – ou encore au moyen de la norme susceptible de l’incarner – notamment à travers la loi, qui est supposée poursuivre l’intérêt général²⁴¹. À l’inverse, la limite d’intérêt général peut apparaître sous forme substantielle : dans ce cas l’objectif qui peut valablement être poursuivi pour restreindre l’exercice du droit ou de la liberté est prévu par le texte²⁴². Cette distinction entre intérêt général formel et intérêt général substantiel est décelable dans des travaux doctrinaux antérieurs, y compris hors du contexte des droits fondamentaux²⁴³.

²³⁷ G. Merland, *thèse préc.*, p. 317.

²³⁸ P. Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels de l’ordre public*, préf. F. Mélin-Soucramanien, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 143, 2014, n° 221, p. 66 : le raisonnement, développé pour l’ordre public, peut être appliqué par extension à l’intérêt général.

²³⁹ F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 8.

²⁴⁰ V. *infra*, n° 73 et s.

²⁴¹ V. not. *infra*, n° 8.

²⁴² Sur ce point, v. *infra*, n° 83 et s. et n° 104 et s.

²⁴³ M.-P. Deswarte, « L’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 27 ; J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », in *Conseil d’État – Rapport public 1999 – Jurisprudence et avis 1998 – L’intérêt général*, La Documentation française, p. 375 et s., spéc. p. 378 ; B. Mathieu, « Propos introductifs », *art. préc.*, spéc. p. 6 : « l’intérêt général se définit mal par sa substance » ; G. Pellissier, *thèse préc.*, p. 99 : parle quant à lui de « concrétisation » de l’intérêt général et p. 107 : « L’intérêt général est par conséquent une notion à la fois matérielle, en ce qu’elle acquiert, dans chaque cas, un contenu spécifique, et fonctionnelle, en tant qu’élément incontournable de la légalité » ; D. Linotte, *Recherche sur la notion d’intérêt général en droit administratif français*, dir. J.-M. Auby, thèse dactyl. Bordeaux, 1975, p. 283 et s. et p. 329 et s. : évoque l’intérêt général en tant que qualification qui entraîne un régime juridique mais qui a également un contenu matériel ; D. Truchet, *thèse préc.*, t. 125 : ce vocabulaire apparaît dans les intitulés des deux sections du chapitre p. 111 et s. ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 6 : « Le détour par l’approche idéologique de la notion d’intérêt général permet de comprendre la difficulté de toute définition et l’intérêt de son utilisation : l’évolution de la notion souligne le passage d’une notion matérielle à une conception formelle de l’intérêt général, pour en faire un instrument efficace de légitimation », p. 56 : « Supposer la nécessité d’un rattachement de l’intérêt général à l’un de ses démembres c’est affirmer qu’en lui-même, l’intérêt général n’a de valeur ni législative, ni constitutionnelle. Il n’est en quelque sorte qu’une enveloppe formelle, qui ne prend vie que par le contenu qui lui est attribué ». Cependant, p. 56 : « Les apories auxquelles on aboutit militent donc en faveur d’une différenciation des valeurs que peut revêtir l’intérêt général selon l’aspect sous lequel il apparaît. Dès lors, on peut se demander

32. Accueil doctrinal de l'emploi des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux occupent une place croissante dans le système juridique. La doctrine est divisée sur ce phénomène. Outil destiné à « rendre flexible la loi d'airain républicaine »²⁴⁴ pour les uns, moyen « d'instrumentalisation »²⁴⁵, de « trahison », et « opportunisme »²⁴⁶ pour d'autres, les critiques sont aussi fortes que les éloges²⁴⁷. Dans tous les cas, cette mise en œuvre témoigne d'un véritable changement de logique juridique. Il apparaît tout d'abord que les droits fondamentaux ne sont « *pas des normes comme les autres* »²⁴⁸. Leur application ne se résume pas à un simple exercice d'application de la hiérarchie des normes²⁴⁹. En premier lieu, les droits fondamentaux, par leur caractère souple et leur flexibilité d'interprétation, laissent place à une grande subjectivité de la part du juge : ils sont « rebelles à tout encadrement, qu'il soit *ratione*

si l'intérêt général peut être invoqué de manière autonome, ou s'il n'acquiert de valeur opératoire que s'il est rattaché à l'un de ses divers démembrements ». V. aussi G. Merland, *thèse préc.*, p. 253 : parle de la « dimension matérielle de l'intérêt général » à travers les « démembrements » de l'intérêt général ; N. Nivert, *thèse préc.*, n° 327 *in fine*, 590 et 593 ; V. Coq, *thèse préc.*, p. 58 et s. : parle de « l'approche matérielle du standard intérêt général », puis de son « approche fonctionnelle », l'intérêt général en tant que standard serait une « coquille vide » (n° 281, p. 148) ou encore un « réceptacle » (n° 543, p. 245) ; P. Gervier, *thèse préc.*, p. 79 à 154, la distinction, qui concerne l'ordre public, se retrouve dans l'intitulé des sections. Le professeur Bertrand Mathieu évoque la notion de « substance » de l'intérêt général : B. Mathieu, « Les rôles du juge et du législateur... », *art. préc.*, spéc. p. 43 et 44 : « Il ne s'agit plus seulement de vérifier si le législateur s'inscrit bien dans sa mission, qui est de fixer la substance de l'intérêt général, mais aussi de contrôler si cet intérêt général est conforme, non pas directement aux exigences constitutionnelles assez vagues sur ce point, mais à la conception que le juge s'en fait » (expression également employée dans B. Mathieu, « Propos introductifs », *art. préc.*, spéc. p. 6). Sur les « démembrements » de l'intérêt général : A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 53 ; G. Merland, *thèse préc.*, notamment p. 253 ; M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 27 ; J.-E. Schoettl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, p. 378 ; B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 417, p. 246 ; n° 455, p. 269 ; n° 461, p. 272 et n° 491, p. 288 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Manuel », 2002, p. 425 emploient ce vocabulaire. On parle parfois aussi de la « concrétisation » de l'intérêt général : G. Pellissier, *thèse préc.*, p. 99. La distinction sera développée *infra*, n° 63 et s. et n° 83 et s.

²⁴⁴ J.-P. Marguénaud, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2014.307, spéc. p. 308.

²⁴⁵ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Liber amicorum, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 140 et s., n° 26, p. 187. V. aussi Y. Lequette, « De l'inflation à la dévaluation des droits fondamentaux », in *Défense et illustration de l'ordre civil français*, Dalloz, 2023, p. 175 et s.

²⁴⁶ E. Dreyer, « Du caractère fondamental... », *art. préc.*, n° 41 et s., p. 575 et s.

²⁴⁷ Sur ces critiques, v. P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 303, p. 384 : selon ces auteurs, toutes ces critiques « ont un point commun : elles sont largement fantasmées, idéologiques et déconnectées de la réalité jurisprudentielle » et J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, n° 15, p. 231 et s.

²⁴⁸ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 20, p. 175, l'auteur souligne.

²⁴⁹ *Ibid.*, l'auteur souligne : « Si le juge constitutionnel se contentait effectivement d'appliquer, en bon juriste, la hiérarchie des normes, si neutre, si objective, pourquoi donc s'en inquiéter ? Mais peut-on sérieusement soutenir qu'il ne s'agit que de cela ? Une telle présentation, faussement naïve, masque mal la réalité d'un tel contrôle. L'examen de la validité d'une loi au nom des droits de l'homme n'est pas une simple application de la hiérarchie des normes, car *les droits de l'homme*, et c'est là l'essentiel, *ne sont pas des normes comme les autres* » et n° 19, p. 174 : l'application des droits de l'homme n'est pas une simple « question juridique et non politique qui se réglerait par la simple mise en œuvre du principe de *hiérarchie des normes* » (l'auteur souligne).

temporis, ratione materiae mais aussi *ratione personae* »²⁵⁰ ; c'est la « rançon »²⁵¹ de leur universalité. La détermination de leur contenu est laissée à l'appréciation du juge²⁵². Par conséquent, l'affirmation de Kelsen selon laquelle l'interprétation est un « acte de connaissance » et de « volonté »²⁵³ se vérifie de manière aiguë en ce qui concerne les droits de l'homme : non seulement le juge doit nécessairement faire un choix, mais ce choix est nécessairement subjectif, ce qui entraîne une grande imprévisibilité dans les solutions. Ensuite, ils entretiennent des relations étroites avec les standards, très présents dans leur formulation et leur mise en œuvre²⁵⁴. Enfin et en dernier lieu, les droits fondamentaux constituent, au sens où l'entend Ronald Dworkin, des « principes », par opposition aux « règles »²⁵⁵. Si ces dernières font l'objet d'une application qui répond à la logique du « tout ou rien »²⁵⁶, les premiers ne sont pas absolus et ont vocation à « se concilier »²⁵⁷. Ainsi, le conflit entre deux règles doit conduire à faire primer l'une sur l'autre, tandis que le conflit entre deux principes donne lieu à une conciliation²⁵⁸. Reprenant cette logique, plusieurs auteurs expliquent la difficulté de mise en œuvre des droits fondamentaux et de leur intégration aux catégories définies en amont, en particulier, le syllogisme²⁵⁹. Le lien entre les droits fondamentaux et les principes au sens où les entend Dworkin²⁶⁰ éclaire le caractère insaisissable de leur contenu et les difficultés de leur mise en œuvre, en particulier face à l'intérêt général²⁶¹.

²⁵⁰ L. Maurin, *Contrats et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 545, 2013, n° 187, p. 162.

²⁵¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 98-1, p. 119, parle quant à elle de la « rançon de l'imprécision », dans un contexte similaire.

²⁵² S. Leturcq, *thèse préc.*, p. 136.

²⁵³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 340 : « si l'on ne veut pas caractériser seulement l'interprétation de la loi par les tribunaux ou autorités administratives, mais caractériser d'une façon tout à fait générale l'interprétation par des organes d'application du droit : dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance ».

²⁵⁴ S. Leturcq, *thèse préc.* : l'auteur évoque tout d'abord les buts légitimes énumérés par les articles de la Convention européenne des droits de l'homme (p. 55), mais également des éléments tels que « prévu par la loi » et « nécessaire dans une société démocratique » (p. 63) et même « proportionnalité » (p. 73).

²⁵⁵ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1977, p. 84 et 85.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 82 : car « si les faits qu'une règle stipule sont donnés, alors soit cette règle est valide, auquel cas la réponse qu'elle fournit doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas elle n'apporte rien pour la décision ». V. aussi sur ce point R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, réimpr. 2010, p. 44 et s.

²⁵⁷ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 83.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 84 et 85.

²⁵⁹ T. Marzal, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD civ.* 2017.789 ; E. Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP* 2013.130.

²⁶⁰ T. Marzal, « La Cour de cassation "à l'âge de la balance" », *art. préc.*

²⁶¹ Sur ce danger, v. D. de Béchillon, « Observations sur la motivation des arrêts contrôle de proportionnalité », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 27 et s., spéc. p. 29.

33. Crise et déclin de l'intérêt général ? Une partie de la doctrine déplore le déclin de l'intérêt général²⁶². Ce phénomène peut s'expliquer par plusieurs raisons. La première est le changement de contenu de l'intérêt général : de l'action administrative à la loi, la prise en compte des intérêts particuliers par les règles générales serait plus fréquente que jamais²⁶³. Ce remplacement de « purs intérêts publics » par des intérêts parfois privés ne manifeste pas un déclin de l'intérêt général formel, mais seulement de l'intérêt général substantiel : il manifeste un changement dans le contenu de l'intérêt général, dans les enjeux qu'il poursuit, ce qui n'est guère surprenant en raison de son caractère contingent. Certains auteurs le constatent en droit privé : le professeur Rémy Libchaber décrit la propension du juge, en matière de nullité du contrat, à constater l'intérêt particulier plutôt que l'intérêt général pour mettre en œuvre la théorie des nullités²⁶⁴. La deuxième raison de ce constat est davantage liée à la loi : si hier la confiance dans le législateur était telle que nul n'aurait pu remettre en cause la règle émise par la souveraineté nationale, la « suprématie » désormais « révolue de la loi »²⁶⁵ déteint sur celle de l'intérêt général : « le temps n'est plus où il suffisait de l'invoquer abstraitement et péremptoirement : désormais, pour convaincre l'opinion publique, il faut dans chaque cas concret [...] le justifier, l'argumenter, le soumettre à un débat public »²⁶⁶. Ces constats permettent d'identifier une troisième raison, étroitement liée à l'objet de cette étude. L'application des droits fondamentaux accentue le déclin de l'intérêt général : désormais mis

²⁶² « Mutations et renouveau de l'intérêt général », in *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 313 et s., spéc. p. 313. J. Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *art. préc.*, spéc. p. 41 et s. : « crise de l'idéologie de l'intérêt général » ; J. Chevallier, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *L'intérêt général – Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 83 et s. ; J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998.327.

²⁶³ V. Coq, *thèse préc.*, n° 14 et 15, p. 21. En ce sens, le changement de vocabulaire, qui passe « d'intérêt public » à « intérêt général » peut être éloquent. B. Mathieu, *Les « validations » législatives*, *op. cit.*, p. 216 : le législateur peut en outre intervenir soit pour « la poursuite d'un intérêt général », soit pour « la défense d'intérêts individuels ». V. aussi G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 et 38 : « Aujourd'hui, il est acquis que des intérêts particuliers coïncident avec l'intérêt général ».

²⁶⁴ R. Libchaber, « Pour la nullité absolue... », *art. préc.*, spéc. p. 1115 : « la nullité est absolue quand elle sanctionne la méconnaissance d'un intérêt général. Mais comment identifier cette règle, quand la notion d'intérêt général nous échappe largement – au contraire de l'intérêt privé que notre individualisme n'a aucun mal à concevoir ! ». V. aussi R. Libchaber, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2002.1253, spéc. p. 1256 et R. Libchaber, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2007.1729, spéc. p. 1731.

²⁶⁵ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 274, p. 339. V. aussi : P. Pactet, « La loi, permanence et changements », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 503 et s., spéc. p. 512 : « La loi est-elle toujours un acte incontestable et irréprochable ? ». V. en ce sens : C. Jarroson, « Le législateur peut-il avoir tort ? », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 349 et s.

²⁶⁶ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 180, p. 51.

en balance et pesé de la même manière que tout autre intérêt²⁶⁷, il est appréhendé comme l'égal des enjeux en cause.

34. Intérêt de l'étude. C'est la raison pour laquelle, si certains se demandent si, en matière d'intérêt général, « on vien[drai]t trop tard », car « tout [serait] dit »²⁶⁸, nous pensons au contraire qu'il « reste encore » des terrains d'exploration dans ce domaine²⁶⁹, notamment dans son rôle de limite aux droits fondamentaux. Cet aspect n'a pas encore été étudié dans sa globalité : si quelques études existent en droit public quoique sur des sujets plus restreints²⁷⁰, l'intérêt général fut jusqu'à présent peu envisagé en droit privé²⁷¹ et jamais dans son rôle de limite aux droits fondamentaux. Avec le contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux, l'intérêt général prend de l'ampleur en droit privé et intègre l'office du juge judiciaire. La notion n'est sans doute pas différente de celle qui irrigue le droit public : elle transcende la distinction entre droit public et droit privé et sa mise en œuvre interroge la dualité des ordres de juridiction. En outre, à une époque où certains cherchent à tempérer l'omniprésence des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, la limite d'intérêt général pourrait constituer une réponse à la difficulté.

35. Objet de l'étude : l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux devant le juge judiciaire. L'étude entend ainsi analyser la limite d'intérêt général aux droits fondamentaux en droit privé, dans sa composante textuelle et jurisprudentielle. Il conviendra également de s'intéresser au contenu de l'intérêt général et de déterminer précisément les limites les plus efficaces pour limiter les droits fondamentaux. La montée des droits fondamentaux conduit le juge judiciaire à mettre en œuvre la limite d'intérêt général à travers la confrontation de la loi aux exigences constitutionnelles et conventionnelles. En effet, avec le début du contrôle de conventionnalité et le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, le juge judiciaire est désormais compétent pour vérifier la conformité de la loi aux droits fondamentaux portés par la Constitution et les Conventions internationales. Il le fait principalement au moyen du contrôle de proportionnalité, qui inclut l'examen de la limite

²⁶⁷ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 180, p. 51. Sans même parler des droits fondamentaux, on peut citer la jurisprudence de la théorie du bilan en droit administratif, depuis l'arrêt du Conseil d'État CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, n° 78825, v. D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 184, p. 52.

²⁶⁸ E. Zoller, « Avant-propos », *art. préc.*, spéc. p. 9. La formule complète, qui introduit la partie intitulée « Des ouvrages de l'esprit » : « Tout est dit, et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent » (J. de La Bruyère, *Les Caractères*, « Des ouvrages de l'esprit », « Les caractères ou les mœurs de ce siècle », I(I)).

²⁶⁹ E. Zoller, « Avant-propos », *art. préc.*, spéc. p. 9.

²⁷⁰ V. par ex. P. Gervier, *thèse préc.* ou encore B. Ubushieva, *thèse préc.*

²⁷¹ M. Mekki, *thèse préc.*

d'intérêt général. Les études relatives aux droits fondamentaux²⁷² et à l'intérêt général ne manquent pas²⁷³. Le contrôle de proportionnalité, qui permet la mise en œuvre des droits fondamentaux, fut aussi abondamment analysé²⁷⁴. L'étude ici entreprise entend quant à elle s'intéresser aux droits fondamentaux en droit privé sous l'angle exclusif de leur limite, exprimée le plus souvent dans la loi et prévue dans les textes exprimant les droits fondamentaux.

36. Méthode de l'étude. L'étude consiste tout d'abord en une approche judiciaire ; il s'agit principalement d'observer la mise en œuvre de la limite d'intérêt général par le juge de droit privé, dans l'application des droits et libertés constitutionnels et conventionnels. Certes, l'intérêt général a une existence textuelle qui fonde sa présence devant le juge : nombreux sont les textes de droits fondamentaux qui permettent de limiter leur propre exercice au moyen d'une norme fondée sur l'intérêt général. De ce point de vue, l'étude est également comparative : il

²⁷² Il serait vain de tenter de toutes les citer mais pour quelques références : I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, dir. J.-M. Verdier, ANRT, 1998 ; F. Vasseur-Lambry, *La famille et la cour européenne des droits de l'homme*, dir. F. Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000 ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. Leveneur, Dalloz, coll. « Nouvelle bibl. thèses », 2002 ; J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. E. Garaud, PUAM, 2003 ; V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, préf. F.-X. Lucas, PUAM, 2005 ; R. Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, préf. E. Garaud, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2008 ; M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. M. Lévinet, Bruylant, coll. « Thèses », 2011 ; A. Latil, *Création et droits fondamentaux*, préf. Y. Reinhard, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 554, 2014 ; B. Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 562, 2015 ; L. Benezech, *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, préf. C.-A. Dubreuil et A.-B. Caire, Mare et Martin dr. pub., coll. « Bibliothèque des thèses », 2021 ; C. Drouiller, *thèse préc.* ; P. Gervier, *thèse préc.* ; R. Legendre, *Droit fondamentaux et droit international privé – Réflexion en matière personnelle et familiale*, dir. L. Gannagé, thèse dactyl. Paris II, 2018 ; L. Maurin, *thèse préc.* ; A.-S. Siew-Guillemain, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, dir. L. Antonini-Cochin, thèse dactyl. Univ. Côte d'Azur, 2018 ; M. Leloup-Velay, *L'assurance face aux droits fondamentaux de la personne humaine*, dir. J. Kullmann, thèse dactyl. Paris Dauphine, 2017.

²⁷³ De même sur la diversité des travaux sur l'intérêt général : V. Coq, *thèse préc.* ; F. Kauff-Gazin, *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, dir. D. Simon, thèse microforme Lille, 2001 ; D. Linotte, *thèse préc.* ; M. Mekki, *thèse préc.* ; G. Merland, *thèse préc.* ; N. Nivert, *thèse préc.* ; G. Pellissier, *thèse préc.* ; F. Rangeon, *thèse préc.* ; D. Truchet, *thèse préc.* ; B. Ubushieva, *thèse préc.*

²⁷⁴ Également, sur la proportionnalité : M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995.156, spéc. p. 156 : « [le] principe [de proportionnalité] n'est autre que la concrétisation de cette aspiration qui imprègne notre droit comme tous les autres droits d'Europe, celle de limiter autant que faire se peut les interventions de l'État : celles-ci doivent se limiter au strict nécessaire et donc être proportionnées aux objectifs d'intérêt général qu'a retenus le législateur, voire le Constituant ». V. aussi I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, préf. P.-H. Antonmattei, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », t. 52, 2001 ; J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. M. Verpeaux, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 146, 2015 ; V. Fourment, *thèse préc.* ; S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 335, 2000 ; M. Cormier, *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du code civil*, dir. D. Mazeaud et T. Genicon, thèse dactyl. Paris II, 2022 ; A. Marzal-Tetano, *La dynamique du principe de proportionnalité*, préf. H. Muir Watt, Institut Univ. Varenne, coll. « Thèses », 2014 ; P. Muzny, *thèse préc.* ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, préf. C. Debbash, Economica-PUAM, 1990 ; S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. Ost et F. Tulkens, Bruylant, Bruxelles, 2001 ; G. Xynopoulos, *thèse préc.*

était nécessaire, pour comprendre la jurisprudence de droit privé, de comparer l'approche judiciaire de l'intérêt général à celle adoptée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Malheureusement, les limites de temps interdisent de d'étudier précisément et sur tous les points avec le Conseil d'État. Toutefois, la mise en œuvre de la limite d'intérêt général, qui transcende, nous l'avons dit, la distinction entre droit public et droit privé, ne devrait pas tant dépendre du juge qui l'emploie, que du texte qui la fonde ; c'est d'ailleurs ce qui ressort des quelques incursions effectuées dans la pratique administrative. Il s'agit également de s'interroger sur la détermination du contenu de l'intérêt général par le juge : à cet égard, nous tenons à remercier le service de la documentation de la Cour de cassation qui nous a ouvert ses portes, et nous a permis de consulter les travaux préalables de certains arrêts de la Cour, précieux pour ce travail de recherche.

37. Champ de l'étude. L'étude se concentrera principalement sur le droit privé, la pratique du juge judiciaire et plus particulièrement, de la Cour de cassation, en matière d'application de la limite d'intérêt général, à l'exclusion du droit pénal²⁷⁵. Les exemples seront majoritairement tirés du droit civil, faute de temps, eu égard au nombre de décisions à étudier. Toutefois les décisions que nous avons retenues, en droit des affaires et en droit du travail, semblent indiquer que la pratique suivie en droit civil y est également adoptée. Un sondage dans les décisions récentes de la chambre commerciale et de la chambre sociale a conforté ce constat²⁷⁶. On s'intéressera donc principalement à la méthode du juge judiciaire, en la comparant aux pratiques d'autres juridictions, principalement le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme.

38. Fruits de l'étude. Le principal apport de ce travail est de dévoiler l'existence textuelle et jurisprudentielle de la limite d'intérêt général aux droits fondamentaux, mais aussi

²⁷⁵ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Tome 1 : Problèmes généraux de la science criminelle – Droit pénal général*, éd. Cujas, 7^e éd., n° 146, p. 215 et s. : il s'agit en réalité d'une « branche autonome du droit » en raison de son « originalité » (p. 217). Sur la « contestation » du rattachement du droit pénal au droit privé et les difficultés de rattachement à l'un ou l'autre des ordres de juridiction, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, n° 192 et s., p. 179 et s. V. aussi J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. « Manuel », 9^e éd., 2022, n° 119 : « Pour un rattachement au *droit public*, on invoque le droit de punir, qui appartient à l'État : c'est l'État, par ses représentants, qui poursuit le délinquant au moyen d'une action "publique" (le qualificatif est évocateur) ; par ailleurs, la peine est prononcée au nom du peuple français. L'existence d'une politique criminelle, fixée en grande partie au niveau étatique, renforce la conviction. Le droit privé, établissant des rapports juridiques entre personnes privées, ne peut donc accueillir le droit pénal dans ses catégories. Enfin, les juridictions administratives peuvent remplir la fonction de juge pénal en infligeant des sanctions à caractère punitif (en cas de contraventions de grande voirie ou bien quand le juge administratif prononce des sanctions fiscales ou électorales) ». V. aussi X. Philippe, « Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'homme », *RIDC* 2014.529, spéc. p. 533 : l'auteur estime qu'il est cohérent de rattacher le droit pénal au droit public en dépit de la tradition de le relier au droit privé en raison de la compétence du juge judiciaire.

²⁷⁶ Sondage effectué sur les cinq dernières années en matière de QPC et de contrôle de conventionnalité.

sa faible prise en compte actuelle par les juges, que ce soit dans le contrôle de conventionnalité ou dans le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. L'étude propose aussi une méthode pour la mise en œuvre de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux dans les litiges et notamment son intégration dans le contrôle de proportionnalité. Il s'agit d'explorer les modes de détermination et d'identification du contenu de l'intérêt général par le juge et de la mise en œuvre de cette limite. L'étude constate les difficultés institutionnelles que pose le contrôle de la loi et de ses objectifs par le juge en lien avec sa relation avec le législateur. Elle permet en outre d'attirer l'attention sur les modifications, réelles ou potentielles, des solutions, sous l'influence de la prise en compte grandissante des intérêts particuliers face à l'intérêt général au moyen des droits fondamentaux. Pour lutter contre les effets institutionnels négatifs de la faible prise en compte de l'intérêt général, l'étude suggère ensuite une reconstruction du raisonnement de mise en œuvre des droits fondamentaux pour laisser une place plus importante à l'intérêt général. Enfin, pour lutter contre certains effets de l'éviction de la loi au cas par cas et de la place inédite qu'elle offre au juge, l'étude propose de basculer vers une logique de réparation. Ainsi, en donnant au juge le pouvoir de réparer les effets excessifs et exceptionnels de l'application d'une loi dans un cas particulier, l'intérêt général, à travers la règle applicable à tous, serait davantage protégé.

39. Plan de l'étude. Pour comprendre l'approche judiciaire de la limite d'intérêt général, il convient tout d'abord de procéder à *l'analyse positive du contrôle judiciaire (partie 1)*, puis à sa *critique prospective (partie 2)*.

PARTIE 1 : ANALYSE POSITIVE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

40. **L'intérêt général devant le juge judiciaire.** L'expression « intérêt général » n'a jamais été totalement absente de la jurisprudence de la Cour de cassation, ne serait-ce que dans les matières de droit administratif qui relèvent de la compétence du juge judiciaire²⁷⁷. Sous l'influence des textes porteurs de droits fondamentaux et de l'introduction dans la pratique juridictionnelle de nouvelles formes de contrôle de la loi au regard des normes conventionnelles et constitutionnelles, l'intérêt général prit de l'ampleur dans la jurisprudence judiciaire, en dehors du cas classique de sa compétence en droit public. Il s'intègre désormais à l'office ordinaire du juge judiciaire²⁷⁸.

41. L'intérêt général constitue la limite naturelle des droits fondamentaux. Elle apparaît en tant que telle dans la plupart des textes. Cependant, le contrôle de cette limite devant le juge judiciaire constitue une véritable nouveauté.

42. Le contrôle de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux fut progressivement instauré. On présentera dans un premier temps cette construction dynamique (**titre 1**), les textes ayant fait l'objet de pratiques jurisprudentielles évolutives. On dévoilera ensuite sa construction méthodologique (**titre 2**), en analysant sa place dans le raisonnement du juge lorsqu'il met en œuvre les droits et libertés fondamentaux, ainsi que les méthodes destinées à déterminer son contenu.

²⁷⁷ Sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, v. B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 511 et s.

²⁷⁸ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 42 évoque le « développement des prétentions du juge, notamment, judiciaire, à fixer lui-même, et en dernier ressort, les solutions qu'impose l'intérêt général ».

TITRE 1 : ANALYSE DYNAMIQUE : L'EXISTENCE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

43. L'intérêt général présente une véritable « unité fonctionnelle »²⁷⁹ qui illustre la « dialectique classique »²⁸⁰ d'opposition qui l'unit aux droits fondamentaux. Les textes porteurs de droits et libertés en attestent : tous font apparaître la limite d'intérêt général permettant à l'équilibre entre les intérêts individuels et les restrictions nécessaires à la vie en société. L'omniprésence de l'intérêt général dans ces textes conduit en outre à s'interroger sur sa nature juridique, sa fonction et son articulation avec les droits et libertés (**chapitre 1**).

44. Le contrôle de la limite d'intérêt général devant le juge judiciaire n'apparut toutefois qu'avec le développement des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. La Cour de cassation dut alors mettre en œuvre cette notion présente dans les textes, notamment au moyen du contrôle de proportionnalité. Ce dernier fut inspiré des pratiques du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, chargés en premier lieu de l'application des textes porteurs de droits fondamentaux (**chapitre 2**).

²⁷⁹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 16.

²⁸⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

CHAPITRE 1 : L'OMNIPRÉSENCE THÉORIQUE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LES TEXTES

45. L'intérêt général comme limite textuelle aux droits fondamentaux. Tout à la fois allié et adversaire naturel des droits fondamentaux, l'intérêt général fonde leur protection, autant qu'il encadre leur exercice²⁸¹. Les manifestations de l'intérêt général dans les différents textes porteurs de droits fondamentaux qui trouvent à s'appliquer devant la Cour de cassation, révèlent ainsi l'« unité fonctionnelle »²⁸² de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux. Toutefois, la notion apparaît de diverses manières, tantôt formelle, à travers sa simple mention ou la référence à la norme qui le met en œuvre, tantôt dans une approche substantielle, à travers les enjeux qu'il peut mettre en avant pour justifier la limitation des droits et libertés (**section 1**). Par ailleurs, la notion d'intérêt général, qui prend la forme d'un standard dans la plupart des textes relatifs aux droits fondamentaux, se manifeste de façon variable selon le mécanisme de droit ou liberté porté par le texte : si elle apparaît de façon explicite comme limite aux droits-libertés qui octroient un pouvoir d'action individuelle, sa présence est implicite en ce qui concerne les droits-créances et autres « droits à », dont la mise en œuvre est davantage rattachée à une action étatique (**section 2**).

SECTION 1 : LES DIFFÉRENTES MANIFESTATIONS DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

46. Limites d'intérêt général et autres limites. Toutes les limites à l'exercice des droits et libertés fondamentaux ne sont pas nécessairement en rapport avec l'expression d'une réserve d'intérêt général exprimée dans une norme étatique²⁸³. Parmi ces dernières, toutes ne répondent pas au même mécanisme. Dans la Convention européenne des droits de l'homme, on

²⁸¹ Sur ce point, v. *supra*, n° 29 et 30.

²⁸² G. Merland, *thèse préc.*, p. 16.

²⁸³ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984, p. 119 et s., spéc. p. 121 et 122 : toutes ces catégories se distinguent encore des « réserves » formulées par les États au moment de l'adoption de la Convention, qui ne feront pas l'objet de développements ici. Sur les différents types de limitations, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199 ; R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 46 et 47 ; V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1998.465, spéc. p. 466 ; v. également P. Vegleris, « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *RDH* 1968.219, n° 1 et 2, p. 219 et 220.

distingue par exemple les dérogations, destinées à « suspendre »²⁸⁴ de manière « temporaire »²⁸⁵ les droits et libertés fondamentaux, en raison de circonstances exceptionnelles au sens de l'article 15²⁸⁶, et les restrictions, qui sont possibles en toutes circonstances, et correspondent à un « traitement diminutif »²⁸⁷ des droits et libertés, rattaché le plus souvent à un mécanisme de clause d'ordre public²⁸⁸. Toutes ces limites, qui expriment l'intérêt général, se distinguent des « exceptions », également appelées « limitations inhérentes »²⁸⁹ ou « naturelles »²⁹⁰, qui correspondent à un cantonnement lié au champ d'application du droit ou de la liberté²⁹¹. Énoncées le plus souvent par l'article lui-même, elles se rattachent à la définition même du droit²⁹². C'est le cas du troisième paragraphe de l'article 4, qui précise ce qui constitue, au sens de la Convention, le « travail forcé »²⁹³ ; du second paragraphe de l'article 7 relatif à la légalité de la loi pénale²⁹⁴, ou encore de l'article 2 quant au champ de protection du droit à la vie²⁹⁵. Elles peuvent même concerner des droits dits « intangibles »²⁹⁶, pourtant insusceptibles de restrictions par l'intérêt général, quelles que soient les circonstances²⁹⁷. Enfin la jurisprudence de la Cour européenne prévoit des limitations « implicites », définies par le régime prétorien du droit ou de la liberté : par exemple, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à l'accès au juge, peut être limité pour des raisons d'intérêt général en l'absence de prévision textuelle²⁹⁸.

²⁸⁴ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

²⁸⁵ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 101, p. 88 et n° 85, p. 79.

²⁸⁶ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 149, p. 228.

²⁸⁷ P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 1 et 2, p. 219 et 220.

²⁸⁸ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 85, p. 79.

²⁸⁹ *Ibid.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 115, p. 95.

²⁹⁰ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 121.

²⁹¹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 102, p. 89 ; A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 121 ; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 549. Pour une étude de ces limitations sous l'angle de l'intérêt général comme soutien aux droits fondamentaux, v. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 181 et s., p. 104 et s.

²⁹² B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 177 et s., p. 101 et s.

²⁹³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 103, p. 90.

²⁹⁴ *Ibid.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 103, p. 90.

²⁹⁵ *Ibid.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 106, p. 91.

²⁹⁶ Sur ce point, v. *infra*, n° 48 et s.

²⁹⁷ À une époque, les limitations inhérentes se fondaient non pas sur le texte de l'article, mais sur le statut de la personne considérée : on estimait par exemple que le droit à la vie privée des détenus était nécessairement restreint en raison de leur situation : R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 54 et 55 ; S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 50, p. 53 et 54. Cette vision fut toutefois abandonnée et de telles ingérences suivent désormais le régime des restrictions de clauses d'ordre public : R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 54 et 55 ; S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 50, p. 53 et 54.

²⁹⁸ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 50 et s., p. 53 et s. et n° 114 à 117, p. 95 à 97 ; P. Le Mire, « Article 17 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 509 et s., spéc. p. 518. Pour une théorie sur les limitations implicites des droits fondamentaux en rapport avec l'intérêt général, v. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 210 et s., p. 124 (sur l'art. 6 CEDH, v. not. n° 216, p. 127).

47. Si certains droits et libertés ne sauraient admettre de restrictions, quelles qu'en soient les raisons (§1), la plupart prévoient expressément des limitations d'intérêt général, celles-ci pouvant être formelles ou substantielles (§2).

§1. LES DROITS INSUSCEPTIBLES DE LIMITATIONS PAR L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

48. **Les droits intangibles.** L'intérêt général n'est pas susceptible de limiter tous les droits et libertés. Certains ne souffrent aucune exception, quelle qu'en soit la justification : ce sont les droits intangibles²⁹⁹. Dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il s'agit de l'article 2, relatif au droit à la vie, de l'article 3, relatif à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, de l'article 4§1, relatif à l'interdiction de l'esclavage et de l'article 7, relatif à la non-rétroactivité de la loi pénale³⁰⁰. La Convention de New York portant sur les droits de l'enfant comporte également des droits intangibles : l'article 6 prévoit ainsi le respect du droit à la vie ; l'article 19 dispose de même que les États doivent prendre des mesures de protection contre toute forme de violence.

49. **Les droits intangibles comme « noyau » des droits de l'homme.** Certains auteurs parlent de « noyau intangible » ou encore de « noyau dur des droits de l'homme »³⁰¹ pour désigner cette substance, fortement liée à la dignité humaine³⁰², qui ne saurait être restreinte quelles que soient les circonstances³⁰³. Les conventions intègrent ainsi le fait qu'un certain nombre d'actes sont « injustifiables », y compris dans le cadre d'un conflit armé³⁰⁴. La question de l'existence de ce « noyau » divise la doctrine : certains auteurs considèrent en effet que, formant un ensemble cohérent garant de la dignité humaine, les droits fondamentaux ne

²⁹⁹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 198 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, n° 23, p. 251.

³⁰⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 127, p. 195.

³⁰¹ Le noyau dur des droits de l'homme est celui « dont la violation rend impossible le respect des autres droits de l'homme » : « Thème du colloque », in *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Actes du VII^e colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, P. Meyer-Birsch (dir.), éd. univ. Fribourg Suisse, 1991, p. 9.

³⁰² F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 125, p. 194 ; F. Sudre, « Les libertés protégées par la Cour européenne des Droits de l'homme », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque de Montpellier (20-21 janv. 1989), D. Rousseau et F. Sudre (dir.), p. 17 et s., spéc. p. 19.

³⁰³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 479 et s., p. 392 et 393.

³⁰⁴ *Ibid.*, n° 147, p. 119 et n° 537, p. 260 et s.

sauraient souffrir de « morcellement »³⁰⁵. Les droits intangibles constituent en quelque sorte une limite à la possibilité de restreindre les droits fondamentaux³⁰⁶.

50. Proportionnalité et droits intangibles. En principe, la proportionnalité ne concerne que les droits et libertés susceptibles de limitations³⁰⁷. Cependant, pour certains droits, tels que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, la proportionnalité se déplace sur le terrain de la qualification de la violation³⁰⁸. Si ces droits sont occasionnellement soumis au raisonnement de proportionnalité, ce n'est qu'au stade de l'interprétation : nulle autre mise en balance ne peut avoir lieu puisqu'aucune limitation à leur respect n'est possible³⁰⁹.

51. Si certaines libertés ne sont donc susceptibles d'aucune restriction, même dictée par des circonstances exceptionnelles, d'autres, au contraire, admettent des limitations justifiées par les exigences de la vie en société et fondées sur l'intérêt général.

§2. LES DROITS SUSCEPTIBLES D'UNE LIMITE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

52. Les limites d'intérêt général. La limite d'intérêt général concerne principalement les droits conditionnels susceptibles de dérogations ou de restrictions³¹⁰. Cette catégorie de droits cède devant l'intérêt général, qu'il relève de circonstances normales³¹¹ – « intérêt social permanent »³¹² – ou d'une situation exceptionnelle. Les droits conditionnels

³⁰⁵ F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 381 et s., spéc. p. 381 ; *contra* P. Muzny, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP* 2006.977, spéc. p. 978 où l'auteur qualifie la notion de noyau intangible des droits de l'homme d'« aberration » et de notion « purement idéologique ». Il conteste le droit comme étant une « substance » et le définit comme une « relation ». Sur l'indivisibilité des droits de l'homme, contestant la théorie du noyau, v. G. Haarscher, « De l'usage légitime – et de quelques usages pervers – des typologie des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), Bruylant, coll. « Penser le droit », 2004, p. 25 et s., spéc. p. 33 et s. *Contra* défendant le noyau dur : K. Vasak, « Les différentes typologies des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), Bruylant, coll. « Penser le droit », 2004, p. 11 et s., spéc. p. 14.

³⁰⁶ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 192 : « an inalienable core as a limit to limits »

³⁰⁷ V. *supra*, n° 46, la différence entre dérogations, restrictions, exceptions, limitations...etc. Sur la proportionnalité, v. *infra*, n° 167 et s.

³⁰⁸ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 147 et s., p. 119 et s. ; P. Muzny, *thèse préc.*, n° 359, p. 257 : l'auteur donne l'exemple de l'emploi de la proportionnalité pour qualifier ce qui sera considéré comme un traitement inhumain ou dégradant.

³⁰⁹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 146 et s., p. 118 et s. : distingue la « proportionnalité-appréciation » de la « proportionnalité-interprétation ».

³¹⁰ Sur ce point, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199 ; R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 46 et 47 ; V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique"... », *art. préc.*, spéc. p. 466 ; v. également P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 1 et 2, p. 219 et 220.

³¹¹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 147, p. 86, parle de « limitations ordinaires ».

³¹² P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 5, p. 223 : l'auteur précise que les circonstances permettant de telles restrictions n'ont en aucun cas besoin d'être exceptionnelles.

sont ceux qui « illustrent la dialectique classique entre la sauvegarde des droits individuels et la défense de l'intérêt général »³¹³ : ils peuvent souffrir dans leur application des exceptions ou des limites justifiées par l'intérêt général. C'est justement cette « dialectique classique »³¹⁴ qui révèle l'« unité fonctionnelle »³¹⁵ de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, qui manifeste « le pouvoir des États de restreindre [les droits] à des fins d'intérêt de la communauté nationale »³¹⁶.

53. Les prévisions textuelles quant à la limite d'intérêt général prennent des formes variables. La présence de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux peut tout d'abord être implicite (**A**). Ensuite, lorsqu'elle est exprimée, elle peut être formelle ou substantielle³¹⁷. Dans le premier cas, l'intérêt général est simplement cité en tant que tel, ou sous la forme de l'une de ses notions voisines, ou encore à travers l'évocation de la règle de droit susceptible de l'incarner – le plus souvent la loi (**B**). Dans la seconde hypothèse, l'article renvoie précisément aux enjeux d'intérêt général, autrement dit à son contenu, de nature à justifier la restriction (**C**). Si, à première vue, ces deux présentations semblent correspondre à des niveaux de contrôle distincts, la répartition n'est sans doute pas si simple³¹⁸. L'intérêt général peut enfin prendre la forme d'un mécanisme préorganisé de limitation, appelé dans la Convention européenne des droits de l'homme « clause d'ordre public », qui rassemble l'intérêt général formel et substantiel (**D**).

A. L'intérêt général comme limite implicite

54. La possibilité de limiter l'exercice des droits fondamentaux par l'intérêt général n'est pas systématiquement explicite dans le texte. Le silence d'un article ne signifie pas toujours l'intangibilité d'un droit ; la capacité de restriction peut être tacite. Les raisons de ce mutisme se décèlent parfois dans l'énoncé même du droit (**1**). Il arrive également que l'intérêt général s'exprime dans un mécanisme particulier, comme celui de l'abus de droits fondamentaux de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme (**2**) ou encore à travers le contrôle du détournement de pouvoir de l'article 18 (**3**).

³¹³ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199 ; F. Sudre, « Les libertés protégées... », *art. préc.*, spéc. p. 25.

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ G. Merland, *thèse préc.*, p. 16.

³¹⁶ P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 2, p. 220.

³¹⁷ Sur cette distinction, v. *supra*, n° 31.

³¹⁸ V. *infra*, n° 424 et s.

1. Raisons et implications de la présence implicite de l'intérêt général dans les textes

55. Dans les textes constitutionnels, c'est sans doute parce que la possibilité de limiter l'exercice des droits par d'intérêt général relève de l'évidence qu'elle est implicite (a). La situation est différente en ce qui concerne les traités internationaux, pour lesquels la notion est plus ambiguë par son rattachement à des ordres juridiques multiples (b). La réserve implicite se manifeste également dans certaines grandes lois de libertés publiques de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle (c).

a. L'intérêt général implicite dans le bloc de constitutionnalité

56. **La rareté de la limite explicite d'intérêt général dans l'ensemble des textes du bloc de constitutionnalité.** Le lien entre les droits fondamentaux et la limite de l'intérêt général dans les droits et libertés portés par la Constitution n'est pas formulé : les textes constitutionnels se révèlent moins expressifs quant aux « justifications que le législateur peut avancer » pour restreindre les droits et libertés³¹⁹. Aussi surprenant que cela puisse paraître, « l'expression d'intérêt général ne figure pas une seule fois dans les textes constituant notre “bloc de constitutionnalité” »³²⁰. Un tel constat rend son « statut » dans ces textes pour le moins « incertain »³²¹. Monsieur Guillaume Merland explique cette absence par une « confusion des notions de loi et d'intérêt général »³²² : si la Constitution de 1946 jugea cette référence « inutile », c'est au contraire la méfiance envers la loi³²³ et la volonté de limiter le pouvoir du législateur³²⁴ qui justifiaient son absence dans le texte de 1958³²⁵. Ainsi, l'absence explicite de la limite d'intérêt général ne signifie pas nécessairement qu'elle ne peut pas être mise en œuvre. Le professeur Nicolas Molfessis avait d'ailleurs démontré, dans sa thèse de doctorat, le recours par le Conseil constitutionnel aux méthodes classiques d'interprétation pour révéler les possibilités de limitation de certains droits ou libertés³²⁶ : le droit de grève à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 peut ainsi être limité par l'intérêt général en raison d'une

³¹⁹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 23.

³²⁰ J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 375 ; v. également G. Merland, *thèse préc.*, p. 22 qui remarque que parmi les textes constitutionnels de référence, aucun ne mentionne la notion d'intérêt général.

³²¹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 22.

³²² *Ibid.*, p. 44.

³²³ *Ibid.*, p. 49 à 58.

³²⁴ *Ibid.*, 2004, p. 57.

³²⁵ *Ibid.*, p. 49 à 58.

³²⁶ N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 21 et s., p. 19 et s.

interprétation exégétique du texte³²⁷ ; l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, par une interprétation historique³²⁸ et l'article 11, par une méthode téléologique³²⁹.

57. La présence implicite de l'intérêt général dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il est classique de dire que l'esprit révolutionnaire, incarné dans une Déclaration des droits de l'homme inspirée des idées de Rousseau, professe une « confiance absolue dans la loi », norme sacrée qui ne saurait poursuivre un autre objectif que l'intérêt général, et serait, par conséquent, seule susceptible de fonder les restrictions de droits et libertés³³⁰. L'absence de l'expression « intérêt général » dans la Constitution et la rareté des notions voisines s'expliqueraient par le fait que, pour les rédacteurs, le lien entre loi et intérêt général relevait d'une telle évidence qu'il leur semblait superflu de le consacrer³³¹. Pourtant, quelques précisions montrent que la poursuite de l'intérêt général est une exigence imposée à la loi, plus qu'une évidence³³². Dès lors, le rapport au législateur apparaît ambivalent : si les

³²⁷ N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 23 et s., p. 20 et s.

³²⁸ *Ibid.*, n° 30 et s., p. 23 et s.

³²⁹ *Ibid.*, n° 34 et s., p. 26 et s.

³³⁰ G. Merland, *thèse préc.*, p. 27.

³³¹ J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 376.

³³² L'analyse des travaux préparatoires montre le souci d'une loi édictée dans l'intérêt général, pour l'établissement d'un impôt pour « l'utilité générale » : « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 », in C. Fauré, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789 – Textes réunis et présentés par Christine Fauré*, Bibliothèque historique Payot, 1998, p. 373 et s., spéc. p. 374 ; « Texte n° 17 – Condorcet : Projet de Déclaration des droits civils et politiques des hommes, 15 février 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations des droits de l'homme*, GF Flammarion, 1989, p. 242 ; « Texte n° 19 – Harmand : Opinion du 17 avril 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations... op. cit.*, p. 253. Le droit de propriété doit être protégé pour « l'utilité de tous » : « Texte n° 19 – Harmand : Opinion du 17 avril 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations... op. cit.*, p. 250. Certains projets ont même recours à l'expression d'intérêt général : « Extrait de quelques observations sur la Constitution d'un peuple – Lu dans la séance du 31 juillet 1789 et dont l'Assemblée nationale a demandé l'impression, par M. Crénère, député de Vendôme », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 127 et s., spéc. p. 128 ; « Texte n° 8 – Thoret : Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Versailles, 13 août 1789 », in L. Jaume, *Les déclarations... op. cit.*, p. 149. Sur « l'intérêt public » : « Projet de déclaration proposé aux députés des Communes aux États généraux de France ; par M. Servan, ancien avocat général au parlement de Grenoble », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 43 et s., spéc. p. 46. Sur les « intérêts de la nation » : « Texte n° 8 – Thoret : Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Versailles, 13 août 1789 », in L. Jaume, *Les déclarations... op. cit.*, p. 148 et 149. Sur « l'intérêt commun » : « Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen – Lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution par M. l'Abbé Sieyès », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 91 et s., spéc. p. 105 ; « Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement par M. Dupont », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 155 et s., spéc. p. 156 ; « Projet de déclaration des droits par M. Gouges-Cartou, député des six sénéchaussées du Quercy », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 203 et s., spéc. p. 207. Sur le bien commun « à forte connotation religieuse » (*Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 245, on trouve notamment l'expression chez Saint Thomas d'Aquin ; v. également M.-P. Deswarte, « Intérêt général, Bien commun », *art. préc.*, spéc. p. 1290) : « Motion de M. le Marquis de La Fayette relativement à la déclaration des droits de l'homme », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 87 (page unique) ; « Charte contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux – Proposée à l'Assemblée nationale par Charles-François Bouche, avocat au parlement, et député de la sénéchaussée d'Aix », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 191 et s., spéc. p. 192 ; « Projet de déclaration des droits de l'homme en société, présenté le 17 août 1789, par MM. Du Comité chargé de l'examen des Déclarations des droits », in C. Fauré, *Les déclarations... op. cit.*, p. 249 et s., spéc. p. 250. Le passage dans le vocabulaire politique du « bien commun » à « l'intérêt général » manifesterait non seulement une laïcisation, mais également un changement de fondement, du divin à la raison (*Conseil d'État –*

révolutionnaires voulurent poser des limites à la loi à travers les notions connexes de l'intérêt général, c'est parce que, s'affranchissant partiellement de la théorie rousseauiste opposée à toute représentativité, ils éprouvèrent le besoin d'encadrer les prérogatives du législateur³³³. Cependant, « l'utilité » de la démarche se révèle « relative » puisqu'aucun contrôle de la loi n'est mis en place à cette occasion³³⁴. Parée de références aux « notions connexes » de l'intérêt général qui endossent la même fonction, la Déclaration prévoit les « restrictions portées à l'exercice des droits et libertés » qui encadrent le pouvoir législatif³³⁵. Le cantonnement des droits et libertés s'effectue ainsi « en accord avec la volonté générale souveraine » qui vise à la « satisfaction de l'intérêt général »³³⁶.

58. La présence indiscutable de l'intérêt général dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Non seulement la présence de l'intérêt général dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se révèle à travers ses notions voisines³³⁷, mais elle résulte de tous les écrits politiques de l'époque. Bien qu'en apparence absente dans les articles de la Déclaration, l'expression existe en filigrane des débats ainsi que du texte : l'intérêt général permettait dès cette époque de légitimer l'action de l'Assemblée³³⁸. Pour n'en donner qu'un exemple, l'Abbé Emmanuel Sieyès écrivait dans *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* : « Qu'est-ce que la volonté d'une nation ? C'est le résultat des volontés individuelles, comme la nation est l'assemblage des individus. Il est impossible de concevoir une association légitime qui n'ait pas pour objet la *sécurité commune*, la *liberté commune*, enfin la *chose publique*. Sans doute, chaque particulier se propose en outre des fins particulières ; il se dit : à l'abri de la sécurité commune, je me livrerai tranquillement à mes projets personnels, je suivrai ma félicité comme je l'entendrai, assuré de ne rencontrer de *bornes légales à mes désirs que celles que la société*

L'intérêt général, op. cit., p. 251). Sur le « bien de tous », « Charte contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux – Proposée à l'Assemblée nationale par Charles-François Bouche, avocat au parlement, et député de la sénéchaussée d'Aix », in C. Fauré, *Les déclarations...*, op. cit., p. 191 et s., spéc. p. 192 ; « Déclaration des droits du citoyen français – Détachée du préliminaire de la Constitution, par M. l'Abbé Sieyès », in C. Fauré, *Les déclarations...*, op. cit., p. 219 et s., spéc. p. 220. Enfin, sur le « bien général », E. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Champs Flammarion, p. 169.

³³³ G. Merland, *thèse préc.*, p. 32 à 34.

³³⁴ *Ibid.*, p. 38.

³³⁵ *Ibid.*, p. 27.

³³⁶ *Ibid.*, p. 27 et 28.

³³⁷ V. *infra*, n° 71.

³³⁸ G. Merland, *thèse préc.*, p. 27 : « Les institutions sont sommées de limiter leur action à ce qui est nécessaire pour assurer la primauté de l'intérêt général, tandis que l'Assemblée nationale se voit, de son côté, investie de la mission de mener à bien le combat contre les intérêts particuliers. De cette manière l'intérêt général légitime les restrictions législatives apportées aux droits et libertés individuels. Mais en même temps qu'elle justifie l'octroi de larges prérogatives au législateur, cette notion représente une limite fondamentale au pouvoir de celui-ci. Dans l'esprit des révolutionnaires, l'auteur de la loi doit toujours avoir comme objectif la satisfaction de l'intérêt général, sous peine de rendre illégitime son intervention ».

me prescrira pour l'intérêt commun, auquel j'ai part et avec lequel mon intérêt particulier a fait une alliance utile »³³⁹. La double dialectique de l'intérêt général comme soutien et comme limite à la liberté apparaissait ainsi déjà comme une évidence. Les traces de cette articulation sont d'ailleurs visibles bien au-delà de la Déclaration elle-même, dans la pensée politique de la Révolution : on la retrouve jusque dans les textes ultérieurs de proclamation de droits de l'homme³⁴⁰. Les projets de déclaration révèlent également qu'émergeait déjà à l'époque la distinction présente dans la Convention européenne des droits de l'homme entre les droits intangibles et les droits conditionnels : « III. Les droits *absolus* sont ceux qui sont tellement inhérents à la nature de l'homme qu'ils en sont inséparables et le suivent dans toutes les circonstances et positions où il se trouve. Tels sont ceux qui concernent la vie, l'honneur et la liberté. Les droits *conditionnels* sont ceux qui supposent un certain état ou un certain établissement qui dépend ou qui a dépendu de la volonté. Tels sont ceux qui naissent de la propriété ou des conventions, ou ceux qui ont pour fondement les établissements, constitutions ou règlements de l'association »³⁴¹.

59. Absence de l'intérêt général et rareté des droits fondamentaux dans le texte de la Constitution de 1958. Tout comme dans les autres textes du bloc de constitutionnalité, l'intérêt général n'est pas explicitement présent dans la Constitution de 1958³⁴². Une autre caractéristique de ce texte est de n'énoncer que peu de droits et libertés fondamentaux. L'article 1^{er} pose le principe d'égalité et la laïcité ; aucune limite d'intérêt général n'est évoquée par ce texte. Il en va de même de l'article 3, relatif au suffrage et de l'article 4, qui prévoit le principe de pluralisme des opinions au moyen de la liberté des partis politiques³⁴³. Un peu plus loin, l'article 34 de la Constitution, à travers l'énumération des champs de compétence du législateur, envisage la possibilité pour ce dernier d'organiser les garanties d'exercice des libertés publiques³⁴⁴ ; il s'agit en effet de la « clause générale de compétence législative » pour

³³⁹ E. Sieyès, *Qu'est-ce que Tiers-État ?*, *op. cit.*, p. 167 et 168, nous soulignons.

³⁴⁰ « Texte n° 13 – Constitution de 1791 : Préambule et Titre I^{er} », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 188 et 189 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique, ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société. La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés, ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice ».

³⁴¹ « Texte n° 8 – Thoret : Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Versailles, 13 août 1789 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 146 (nous soulignons).

³⁴² J.-E. Schœtfl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 375.

³⁴³ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 102, p. 82.

³⁴⁴ M. Verpeaux, « La liberté », *AJDA* 1998.144 ; v. également J.-P. Costa, « Article 4 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, G. Conac, M. Debene et G. Teboul (dir.), Economica, 1993, p. 101 et s.,

la limitation des droits et libertés³⁴⁵. L'article 66 fait encore référence à la loi comme limite possible à l'expression de la liberté individuelle protégée par le juge judiciaire. Enfin, l'article 72 prévoit la libre administration des collectivités territoriales, sans mention des conditions d'éventuelles restrictions. Ainsi, seul l'article 34 évoque l'intérêt général comme limite éventuelle aux droits fondamentaux.

60. Explications de l'absence de l'expression « intérêt général ». L'absence de l'expression « intérêt général » dans le bloc de constitutionnalité s'explique sans doute par son apparition tardive dans la sémantique juridique³⁴⁶. En effet, « ce silence n'est pas surprenant *a priori* pour la Déclaration de 1789, l'expression d'intérêt général n'ayant été consacrée qu'au siècle suivant par la jurisprudence du Conseil d'État et la doctrine des auteurs »³⁴⁷. Auparavant, elle était ainsi employée indifféremment aux côtés d'autres formulations telles que « l'intérêt public », par exemple³⁴⁸. Aujourd'hui encore, la diversité lexicale utilisée, notamment par le juge administratif, pour renvoyer à la notion uniforme d'intérêt général, peut être source de confusion³⁴⁹. La notion s'exprime à travers « un vocabulaire pléthorique et, partant, incertain : dans les textes et la jurisprudence, on croise en effet aussi bien l'intérêt général que l'utilité publique, l'intérêt public, l'intérêt national ou l'intérêt commun »³⁵⁰. Il semble en effet que la notion d'intérêt général telle que nous la connaissons aujourd'hui ait davantage été formalisée en tant que telle par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et son interprétation des textes, que par la lettre même de ces derniers³⁵¹ : « l'intérêt général est exogène à la Constitution tout en devant être articulé par elle »³⁵².

b. Les manifestations conventionnelles de l'intérêt général implicite

61. L'intérêt général jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'homme. Tous les droits de la Convention européenne des droits de l'homme ne comportent pas de possibilité textuelle de limitation. Cependant, la limite implicite d'intérêt général est

spéc. p. 111 ; v. également, sur cette présentation en tant que « réserve de la loi » : J. Tremeau, *La réserve de la loi*, Economica, 1997, p. 258 et s.

³⁴⁵ P. Gervier, *thèse préc.*, n° 151 et s., p. 48 et s.

³⁴⁶ J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 375.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 628 ; J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 375.

³⁴⁹ *Idem.* Le vocabulaire s'unifie plus tard et c'est alors que l'intérêt général prend toute la portée juridique qu'il revêt aujourd'hui. Sur ce point, v. *supra*, n° 5.

³⁵⁰ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 628 ; J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 375. Sur ce point, v. *supra*, n° 5.

³⁵¹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 23 à 25.

³⁵² J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 385.

présente en filigrane de la Convention³⁵³, ce qui peut entraîner des rejaillissements jurisprudentiels. C'est notamment le cas de l'article 6 relatif au droit au procès équitable : le texte ne prévoit à aucun moment de possibilité de limiter l'exercice au moyen de l'intérêt général dans des circonstances normales³⁵⁴. Pour autant, il n'entre pas dans la catégorie des droits intangibles, puisque des dérogations en cas de circonstances exceptionnelles sont possibles sur le fondement de l'article 15 de la Convention³⁵⁵. La jurisprudence de la Cour européenne admet en outre que des limites légales puissent être posées, dès lors qu'elles sont justifiées par un but légitime, hors du cas des circonstances exceptionnelles³⁵⁶. La doctrine parle dans ce cas des « limites implicites », en ce qu'elles ne sont pas exprimées dans le texte³⁵⁷. De même, l'article 3 du premier Protocole additionnel relatif au droit à des élections libres peut faire l'objet de limitations implicites fondées sur des objectifs autres que ceux prévus par les clauses d'ordre public³⁵⁸.

c. Les illustrations légales de la limite implicite d'intérêt général

62. Les « grandes lois » de libertés publiques. La possibilité implicite de limitations par l'intérêt général concerne enfin les « grandes lois de libertés » de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle, aboutissement du mouvement amorcé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁵⁹. Les principaux textes sont relatifs en 1881, à la liberté de réunion³⁶⁰ et de la presse³⁶¹, en 1884, à la liberté syndicale³⁶² et à l'aube du XX^e siècle³⁶³, à la liberté d'association³⁶⁴. La loi sur la liberté de la presse pose des limites relatives aux infractions pénales pouvant être commises par voie de presse dans le cadre de l'exercice de la liberté d'expression, aux articles 23 à 28, ainsi qu'aux atteintes à l'honneur, à la réputation et à la vie privée, aux articles 29 et suivants. La liberté syndicale est exprimée et décrite dans la loi sans

³⁵³ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 136 et 137, p. 81.

³⁵⁴ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

³⁵⁵ *Ibid.*, n° 149, p. 228.

³⁵⁶ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 114 à 117, p. 95 à 97 ; le vocabulaire utilisé est rattaché à celui de la clause d'ordre public. V. aussi F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 383, p. 605.

³⁵⁷ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 121 ; B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 147, p. 87 : l'auteur souligne que les juges de la Cour eux-mêmes effectuent une distinction de vocabulaire entre « limiter » et « délimiter », notamment dans l'arrêt CEDH, 23 nov. 1983, *Van Der Musselle c. Belgique*, n° 8919/80, §38. Toutefois elle voit dans ces limitations de droits fondamentaux une manifestation de l'intérêt général (*ibid.*, n° 178, p. 102), ce qui nous emmène plus loin que les limites de notre étude.

³⁵⁸ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 220, p. 130 : l'auteur donne comme exemple l'arrêt CEDH, 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, n° 42202/07, §64.

³⁵⁹ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 32, p. 31.

³⁶⁰ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion.

³⁶¹ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

³⁶² Loi du 21 mars 1884 dite « Waldeck-Rousseau » relative aux syndicats professionnels.

³⁶³ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 32, p. 31.

³⁶⁴ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

référence aux justifications de ses éventuelles limitations. Enfin, la liberté d'association prévoit dans son premier article que l'association, en tant que contrat, « est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations » ; elle est par conséquent soumise aux limites de l'ordre public et des bonnes mœurs comme les contrats de droit commun³⁶⁵. Ces lois laissent entrevoir la place implicite de l'intérêt général comme limite à l'expression des libertés. Leur mise en œuvre par les justiciables pour revendiquer des droits et libertés demeure rare devant le juge, en raison de la diversité et de l'efficacité des mécanismes faisant intervenir des droits et libertés de valeur constitutionnelle ou conventionnelle.

2. L'article 17 : l'abus de droit et la « limite de la limite » d'intérêt général

63. La limite de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁶⁶ prévoit qu'« aucune disposition [...] ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque à se livrer à une activité ou à accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». On considère classiquement que cette disposition permet la « prévention des abus de droit » en ce qu'elle « interdit d'utiliser les droits garantis par la Convention contre eux-mêmes »³⁶⁷. Le mécanisme s'apparente à une vision objective de l'abus de droit : « commet un abus celui qui accomplit un acte présentant un caractère anormal, excessif, [...] même s'il n'a pas été animé par une intention de nuire »³⁶⁸. L'abus de droit correspondrait ainsi, comme en droit civil, à un usage qui n'est pas conforme à la fonction sociale du droit³⁶⁹. Par ailleurs, l'article prévoit en quelque sorte *la limite à la limite* de d'intérêt général : le texte a vocation à décrire strictement les conditions dans lesquelles les États peuvent restreindre l'exercice des droits et libertés³⁷⁰. Cet

³⁶⁵ B. Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, coll. « Manuels », 24^e éd., 2022, n° 1472, p. 775.

³⁶⁶ Sur la controverse de « l'autosabotement » de l'article 17 qui ne sera pas développée ici, v. S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Conv. EDH est-il indispensable ? », *RTDH* 2001.541 et les références citées par l'auteur.

³⁶⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 130, p. 200.

³⁶⁸ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 58, p. 92 et 93 : par opposition à la vision subjective, selon laquelle l'abus de droit se caractérise par une intention de nuire au moyen de son droit.

³⁶⁹ L. Josserand, *L'abus des droits*, Paris, 1905, p. 4 et 5 : « lorsque le législateur nous confère une prérogative, ce n'est pas pour que nous en fassions un usage quelconque : il a en vue un objectif déterminé. Toute institution a sa destinée qui constitue sa raison d'être et contre laquelle on ne saurait s'insurger. Chaque droit est appelé à suivre une direction déterminée, et il ne saurait dépendre des particuliers de l'aiguiller à leur guise dans une direction différente ; il y aurait alors, non pas usage, mais *abus* de ce droit, et cet abus risquerait d'engager la responsabilité de son auteur ».

³⁷⁰ Sur l'article 17 comme empêchant en principe les limitations implicites (ce à quoi nous ne souscrivons pas), v. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 340, p. 201.

article « vise à “armer la démocratie” afin de la défendre contre ceux qui invoqueraient les droits de l’homme pour les détruire »³⁷¹. Ainsi, d’une part, la jouissance des droits et libertés ne saurait être un instrument d’oppression en opposition avec l’esprit de la Convention de nature à porter atteinte aux garanties du texte lui-même³⁷², et d’autre part, il est prohibé d’apporter aux droits et libertés pris individuellement, davantage de restrictions que celles qui sont prévues par les textes³⁷³. Concrètement, la Convention prévoit qu’aucune activité impliquant l’instrumentalisation d’une liberté contre une autre ne sera protégée, quand bien même elle pourrait théoriquement entrer dans le champ d’application d’un des articles³⁷⁴. L’article prévoit ainsi à la fois l’interdiction de l’abus de droit, et le cantonnement de la limite d’intérêt général elle-même³⁷⁵. Ces interdictions s’adressent non seulement aux États, mais également et de manière plus surprenante, aux individus et groupes d’individus³⁷⁶ – ce qui constitue les prémisses de la doctrine de l’effet horizontal³⁷⁷. L’article 17, à l’instar d’autres articles tels que l’article 14 sur l’interdiction de toute discrimination ou l’article 18 relatif au détournement de pouvoir, ne peut faire l’objet d’une utilisation indépendante des autres articles de la Convention³⁷⁸.

64. Lien entre abus de droit de l’article 17 et intérêt général. L’article 17 manifeste en réalité, comme le standard de la société démocratique³⁷⁹, l’ambivalence du rapport entre les droits fondamentaux au sens large et l’intérêt général : ainsi, « la Convention intègre la protection de la société démocratique en conciliant les impératifs de la défense de cette société et la sauvegarde des droits individuels »³⁸⁰. En effet, en prévoyant l’impossibilité de détruire des droits et libertés au moyen d’autres droits et libertés, la Convention rappelle que leur protection relève de l’intérêt général, révélant ici encore la « dialectique »³⁸¹ de soutien et de limite qui unit les deux notions³⁸². D’ailleurs, cette relation ambivalente, cette double

³⁷¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 130, p. 200.

³⁷² A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 122 ; S. Van Drooghenbroeck, « L’article 17... », *art. préc.*, spéc. p. 543 et 544.

³⁷³ S. Van Drooghenbroeck, « L’article 17... », *art. préc.*, spéc. p. 544. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 341 et s., p. 202 et s. : y voit une manifestation de l’intérêt général européen.

³⁷⁴ S. Van Drooghenbroeck, « L’article 17... », *art. préc.*, spéc. p. 546 et 552.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*, spéc. p. 544.

³⁷⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 165, p. 259 et s.

³⁷⁸ J. Andriantsimbazovina, « L’abus de droit... », *art. préc.*

³⁷⁹ F. Jacquemot, *Le standard européen de société démocratique*, préf. F. Sudre, Faculté de droit de Montpellier coll. « Thèses », 2006.

³⁸⁰ J. Andriantsimbazovina, « L’abus de droit... », *art. préc.*, spéc. p. 1855.

³⁸¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199 : « dialectique classique » entre l’intérêt général et les droits fondamentaux.

³⁸² D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 179, p. 50.

dialectique, constitue une caractéristique de l'intérêt général : n'est-il pas également le fondement et la limite du pouvoir de l'administration française³⁸³ ? C'est la raison pour laquelle, si l'intérêt général permet de limiter les droits et libertés, il justifie également qu'aucune atteinte ne puisse être portée à « l'intangibilité de la substance » des droits, que défend l'article 17³⁸⁴. D'une manière générale, la notion d'abus de droit renvoie à l'idée qu'il est d'intérêt général de protéger un droit jusqu'à ce que ce dernier se retourne contre l'intérêt général³⁸⁵.

65. Droits passifs et droits actifs : le champ d'application de l'article 17. Ne sont concernés par ce risque d'abus ni les droits simplement susceptibles de dérogations à titre exceptionnel³⁸⁶, ni les droits intangibles portés par les premiers articles de la Convention³⁸⁷. L'impossibilité d'abus de certains de ces droits relève en effet de l'évidence³⁸⁸ : on ne peut abuser de l'interdiction de la rétroactivité de la loi pénale ou de la prohibition de traiter autrui de manière inhumaine et dégradante. Pour le dire autrement, seuls les droits qui souffrent une limite d'intérêt général dans des circonstances non exceptionnelles sont susceptibles d'abus. Les droits intangibles et les droits susceptibles de dérogations ressemblent davantage à des garanties, en ce qu'ils ont une teneur passive : le droit à la vie est en réalité un droit *de ne pas être tué* ; l'interdiction des traitements inhumains et dégradants est un droit *de ne pas être torturé* ; dans un autre registre, l'article 6 porte un droit à *bénéficier* d'un procès équitable³⁸⁹. Tous ces droits et libertés ne requièrent pas d'action de la part du sujet qui en bénéficie mais plutôt des conditions favorables de la part des autorités³⁹⁰. À l'inverse, la liberté d'expression, la liberté d'association, le droit à la vie privée dans son sens actif d'autonomie, le droit au respect des biens ou encore la liberté de conscience saisissent le sujet dans l'action : leur limitation est de nature à modifier le comportement social du sujet concerné. Il semble ainsi que l'article 17 ne s'applique – logiquement – qu'aux droits qui supposent une action de la part du sujet. L'abus de droit semble ainsi ne concerner, à première vue, que les droits qui donnent un pouvoir d'action au sujet³⁹¹.

³⁸³ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 179, p. 50.

³⁸⁴ S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17... », *art. préc.*, spéc. p. 550.

³⁸⁵ V. Req., 3 août 1915, *Coquerel c. Clément-Bayard*, in H. Capitant et al., *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 69-2, p. 420 et s ; J. Andriantsimbazovina, « L'abus de droit... », *art. préc.*

³⁸⁶ S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17... », *art. préc.*, spéc. p. 549.

³⁸⁷ J. Andriantsimbazovina, « L'abus de droit... », *art. préc.*

³⁸⁸ *Ibid.* : l'auteur cite les articles 5, 6, 7 13 et 14 de la Convention, ainsi que les articles 1 à 4 du Protocole n° 7 relatif à diverses garanties procédurales.

³⁸⁹ Sur le caractère « actif » ou « passif » des droits fondamentaux, v. *infra*, n° 134 et s.

³⁹⁰ Sur ce point, v. *infra*, n° 138 et s.

³⁹¹ Sur la distinction, v. *infra*, n° 134 et s.

3. Les textes de lutte contre le détournement de pouvoir en matière de droits fondamentaux

66. La limite de l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 18 de la Convention européenne prévoit que « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ». Il s'agit en effet d'empêcher le « détournement »³⁹² des objectifs légitimes justifiant les ingérences et la dissimulation de « buts inadmissibles »³⁹³. Ainsi, les restrictions aux droits ne peuvent être décidées que pour poursuivre l'objectif qu'elles affichent. Le mécanisme de cet article est comparable à celui du contrôle du détournement de pouvoir³⁹⁴ qui existe en droit administratif français : une mesure administrative doit non seulement être conforme à l'intérêt général mais aussi poursuivre véritablement l'objectif qu'elle se propose d'atteindre³⁹⁵. Logiquement, les dispositions de l'article 18 ne sont applicables qu'aux articles qui souffrent des limites justifiées par un « but légitime »³⁹⁶. L'article 18 exprime la nécessité de sincérité de l'enjeu d'intérêt général poursuivi lors de la restriction mise en place ; il constitue un moyen de contrôler l'objectif de la mesure³⁹⁷.

67. L'article 14, une autre forme de prohibition du détournement de pouvoir ?

L'article 14 de la Convention interdit, dans la mise en œuvre des droits et libertés protégés par la Convention, les discriminations justifiées par le « sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Les dispositions de cet article peuvent se rapprocher d'un mécanisme de prohibition du détournement de pouvoir³⁹⁸ car, tout comme l'article 18 et l'article 17, elles définissent des

³⁹² A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 123.

³⁹³ V. Coussirat-Coustère, « Article 8§2 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 323 et s., spéc. p. 336.

³⁹⁴ R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 52 emploie explicitement l'expression de « détournement de pouvoir » ; v. également V. Coussirat-Coustère, « Article 18 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 523 et s., spéc. p. 525 ; *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. IV, p. 259.

³⁹⁵ D. Truchet, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 719, p. 235 et 236. Sur le détournement de pouvoir, v. aussi *infra*, n° 401 et s.

³⁹⁶ V. *infra*, n° 97 et s., les développements sur la clause d'ordre public.

³⁹⁷ F. Sudre, « Les techniques – Le contrôle du but poursuivi/du détournement de pouvoir par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018.

³⁹⁸ R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 52.

« limitations à l'application des restrictions »³⁹⁹. Les États ne peuvent donc pas exercer leur pouvoir pour décider de restreindre les libertés d'une personne ou d'un groupe déterminé, selon certains critères de distinction subjectifs⁴⁰⁰. Comme les articles 15, 17 et 18, l'article 14 ne s'applique pas seul, mais toujours de manière combinée avec un droit ou une liberté⁴⁰¹.

B. L'intérêt général comme limite formelle

68. L'intérêt général peut également apparaître dans les textes comme une limite formelle : dans ce cas, le contenu de l'intérêt général n'est pas imposé. Tout se passe comme si l'État disposait alors d'une certaine marge de manœuvre dans la poursuite de l'objectif justifiant la limitation imposée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté⁴⁰². Quoi qu'il en soit, cette limite formelle peut s'exprimer à travers l'emploi de l'expression d'intérêt général (1), d'une notion voisine (2) ou encore de la norme qui l'exprime (3).

1. La limite d'intérêt général formel énoncée telle quelle

69. L'unique occurrence de l'expression « intérêt général » dans la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention constitue l'unique occurrence de l'expression « intérêt général » dans l'ensemble du texte⁴⁰³ ; elle se retrouve dans les différentes propositions préalables à l'adoption du texte⁴⁰⁴. Cette limite de l'intérêt général dans la jouissance du droit de propriété semble faire écho à l'article 544 du code civil qui prévoit que seul est prohibé l'usage des biens défendu par les lois et règlements – par *définition* porteurs d'intérêt général. On ne peut s'empêcher de remarquer l'impression de grande latitude laissée aux États membres pour cette réglementation : c'est à eux de définir les enjeux d'intérêt général qui permettront la limitation. Ils sont d'ailleurs libres « de mettre en vigueur les lois *qu'ils jugent* nécessaires pour réglementer l'usage des biens »⁴⁰⁵.

70. L'intérêt général formel et le droit de propriété dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'intérêt général est explicitement prévu comme fondement de la limite à la réglementation des biens, dans le texte de l'article 17 de la Charte

³⁹⁹ F. Jacobs, « Dans quelle mesure les restrictions à l'exercice des libertés ont-elles subi une évolution ? », *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Rome 1975, p. 2 et s., spéc. p. 11.

⁴⁰⁰ Sur ce point, v. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, p. 470, à propos de l'article 10.

⁴⁰¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 267, p. 428.

⁴⁰² Cependant, il n'est pas certain le mécanisme se manifeste toujours par un contrôle allégé de la limite d'intérêt général : v. *infra*, n° 424 et s.

⁴⁰³ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 492, p. 288.

⁴⁰⁴ *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. VII, p. 223.

⁴⁰⁵ L. Condorelli, « Premier protocole additionnel – Article 1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 971 et s., spéc. p. 972.

des droits fondamentaux. Le mécanisme rappelle l'article 17 de la Déclaration de 1789 et l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁰⁶.

2. La limite d'intérêt général sous forme d'une notion voisine

71. Différence entre la notion voisine de l'intérêt général et l'intérêt général substantiel. L'intérêt général peut également limiter les droits et libertés à travers un énoncé équivalent. Il s'agit d'une situation distincte de la manifestation substantielle de l'intérêt général, dans laquelle l'enjeu de nature à justifier la restriction est désigné par avance dans le texte : lors du recours à une notion voisine, l'intérêt général s'incarne dans une expression synonyme.

72. Opposition entre liberté et intérêt général dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Outre la présence implicite de l'intérêt général⁴⁰⁷, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen contient des « réserves spécifiques de compétence législative » qui permettent de limiter les droits et libertés⁴⁰⁸. L'unification sémantique⁴⁰⁹ de l'intérêt général étant récente, ses manifestations explicites passent par le recours à des notions voisines, équivalentes à ce que l'on considère aujourd'hui comme l'intérêt général. Indépendamment des

⁴⁰⁶ J. Dutheil de La Rochère, *J.-Cl. Libertés (archives)*, « Fasc. 140 : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », févr. 2010, n° 67.

⁴⁰⁷ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen contient également des références à des notions voisines de l'intérêt général comme soutien aux droits fondamentaux. Dès le Préambule, les rédacteurs de la Déclaration exposent la cause des « malheurs publics et de la corruption des Gouvernements » : « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme ». Le « malheur public », aisément assimilable à l'exact opposé de l'intérêt général, serait causé par l'absence de respect des droits de l'homme. À l'inverse du « malheur public », le Préambule se conclut par l'ambition de concourir au « bonheur de tous » (« Discours du ministre M. de Paule Barentin, garde des Sceaux, lors de la séance du 5 mai 1789 », *Archives parlementaires de la Révolution française*, 1^{re} série, Tome VIII, p. 2 ; v. aussi la « félicité générale » « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – par M. Mounier », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, spéc. p. 119 (art. II). Le Préambule de la Constitution des États-Unis de 1776, fait référence, dans la même logique, au « *general welfare* » ce qui peut se traduire comme le « bien-être général », avec sans doute une connotation plus économique. L'article 2 de la Déclaration prévoit que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». L'intérêt général est ainsi présent implicitement dans la notion de « but » légitime de l'organisation politique. La Déclaration contient encore l'expression « l'avantage de tous » : sur cette expression, v. B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 460, p. 564. V. aussi « Exposition des motifs qui paraissent devoir déterminer à réunir à la déclaration des droits de l'homme celle des devoirs du citoyen, par M. de Sinety, député », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, spéc. p. 181 : « Article XIV – La garantie des droits de l'homme nécessite une force publique. Cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité de ceux auxquels elle est confiée » ; « Déclaration des droits de l'homme remise dans le Bureau de l'Assemblée nationale par M. Pétion de Villeneuve, député de Chartres » (date inconnue), in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 89 et 90, spéc. p. 89 : « 1° Tous les hommes naissent libres, et ils ne se réunissent en société que pour leur avantage commun ». Enfin, « Charte contenant la Constitution française dans ses objets fondamentaux – Proposée à l'Assemblée nationale par Charles-François Bouche, avocat au parlement, et député de la sénéschaussée d'Aix », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, spéc. p. 192 (art. VI) : « Le bien commun doit donc être, en société, la règle de nos actions. On ne doit jamais y chercher l'avantage particulier, au préjudice de l'avantage public ».

⁴⁰⁸ P. Gervier, *thèse préc.*, n° 194 et s., p. 59 et s.

⁴⁰⁹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 628. V. *supra*, n° 5.

intentions qui animaient les rédacteurs de la Déclaration, on constate, dès les premiers articles, la mise en place de la dialectique de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux. Il semble donc qu'en réaction à une société fondée sur des privilèges et guidée par l'intérêt particulier⁴¹⁰, les révolutionnaires souhaitèrent réaffirmer l'intérêt général. Ainsi, la loi⁴¹¹ et les nécessités de la chose publique permettraient de restreindre les droits et libertés essentiels à la société⁴¹². Cette diversité sémantique s'explique aussi sans doute par l'absence originelle de volonté de mise en pratique de la Déclaration : le contrôle de la loi n'est alors pas envisagé et l'intérêt général ne revêt pas encore la fonction de standard qu'il occupe dans les textes plus récents⁴¹³. Il est toutefois intéressant de constater, à travers la diversité des projets de Déclaration et la variété de vocabulaire, une forme d'unité dans la logique générale, ainsi qu'une relative stabilité des manifestations de l'intérêt général comme limite à certaines libertés : la privation de propriété appelle souvent la nécessité ou l'utilité publique, tout comme l'utilité commune fonde l'inégalité. Quelques illustrations permettront de s'en convaincre⁴¹⁴.

73. L'« utilité commune ». Présente dès le premier article de la Déclaration, pour justifier les « distinctions sociales », l'utilité commune joue sans aucun doute le rôle d'une référence à l'intérêt général comme limite potentielle à l'égalité⁴¹⁵. Une telle formulation semble d'ailleurs trouver un écho dans celle utilisée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il

⁴¹⁰ G. Merland, *thèse préc.*, p. 30 et 31.

⁴¹¹ Intervention de M. de Lally-Tollendal, « Reprise de la discussion sur le projet de déclaration des droits de l'homme, lors de la séance du 19 août 1789 », *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, p. 457 : « la loi seule pouvait entreprendre sur la liberté ».

⁴¹² Intervention de M. Pellerin, « Reprise de la discussion sur le projet de déclaration des droits de l'homme, lors de la séance du 19 août 1789 », *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, p. 457 : « Le principe de toute société consiste dans la propriété et dans la liberté. L'homme perd sa liberté à raison de ce que la loi lui défend. L'homme perd sa propriété par les contributions qu'il doit à la chose publique ».

⁴¹³ Sur la fonction de standard de l'intérêt général, v. *infra*, n° 152 et s.

⁴¹⁴ L'analyse se limite ici aux expressions retenues dans les textes, mais l'étude des documents préparatoires montre que d'autres notions voisines avaient été proposées dans les différents projets : « l'utilité » et « l'intérêt publics » comme justification à la privation de propriété (« Déclaration des droits par M. le Marquis de Condorcet », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 37 et s., spéc. p. 40 ; « Déclaration des droits de l'homme remise dans le Bureau de l'Assemblée nationale par M. Pétion de Villeneuve, député de Chartres » (date inconnue), in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 89 et s., spéc. p. 90), « l'intérêt public » (« Divers articles proposés pour entrer dans la déclaration des droits, par M. de Boislaudy », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 263 et s., spéc. p. 266 (Art. II, 40°)). On trouve également « l'utilité générale » (« Motion de M. Marquis de La Fayette relativement à la déclaration des droits de l'homme », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 87 ; « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par A. F. Pison du Galland, membre de l'Assemblée nationale », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 235 et s., spéc. p. 239 et « Texte n° 19 – Harmand : Opinion du 17 avril 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 250 : « Art. 5. La propriété consiste donc dans la possession et l'administration des biens de toute espèce, subordonnées à l'utilité générale et aux règlements de l'association [au sens de l'association politique] »), ainsi que la « tranquillité publique » (« Déclaration des droits de l'homme remise dans le Bureau de l'Assemblée nationale par M. Pétion de Villeneuve, député de Chartres » (date inconnue), in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 89 et s., spéc. p. 90 (12°)), et le « bonheur public » (« Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – par M. Mounier », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 119 et s., spéc. p. 119 (art. IV)).

⁴¹⁵ Sur ce point, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 23 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 460, p. 627.

énonce dans sa formule classique que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il *déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général*, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁴¹⁶. Les « distinctions sociales » seront sans doute réservées à ceux qui se mettent au service du « gouvernement », dans « l'intérêt de la société »⁴¹⁷. La notion d'utilité commune comme justifiant les différences de traitement entre les citoyens est classique : des formulations très similaires se retrouvent dans beaucoup de projets de Déclaration⁴¹⁸.

74. La « volonté générale ». L'article 6 de la Déclaration énonce que la loi est l'expression de la volonté générale. Une telle affirmation se retrouve fréquemment dans les projets de Déclaration : il s'agit d'une idée centrale dans la pensée politique qui guidait les

⁴¹⁶ C'est nous qui soulignons.

⁴¹⁷ A. Depper, *Commentaire de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 1793 – Cours d'éducation civique*, Geldage, 1902, p. 38.

⁴¹⁸ V. par ex. : « Projet des premiers articles de la Constitution lu dans la séance du 28 juillet 1789 par M. Mounier, membre du comité chargé du plan de Constitution », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 109 et s., spéc. p. 110 : « Art. III – La nature a fait les hommes libres et égaux en droits ; les distinctions sociales doivent donc être fondées sur l'utilité commune » ; « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – par M. Mounier », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 119 et s., spéc. p. 119 : « Article premier – La nature a fait les hommes libres et égaux en droits. Les distinctions sociales doivent être fondées sur l'utilité commune » ; « Texte n° 19 – Harmand : Opinion du 17 avril 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 252.

rédacteurs⁴¹⁹. L'intérêt général comme « corollaire »⁴²⁰ de la volonté générale se manifeste dans la pensée philosophique de 1789 et cette relation est encore présente dans les conceptions juridiques actuelles : « l'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »⁴²¹. L'intérêt général constitue par conséquent l'expression de la volonté générale⁴²². Ainsi, « la condition de l'obéissance politique repose sur la certitude que l'action publique poursuit un intérêt général, parce que déterminé comme tel par la volonté générale »⁴²³ ; la volonté générale absorbe l'intérêt général afin de légitimer son action. En effet, si la loi n'est pas l'expression de la volonté générale, qui souhaite la réalisation de *l'intérêt* général, alors quelle est sa légitimité pour limiter la liberté ? Le mécanisme illustre encore une fois la « dialectique classique » entre l'intérêt général et les droits fondamentaux⁴²⁴ qu'évoque le professeur Frédéric Sudre : c'est parce que la loi est porteuse de l'intérêt général exprimé par

⁴¹⁹ E. Sieyès, *Qu'est-ce que Tiers-État ?*, *op. cit.*, p. 173 : « La loi n'accorde rien, elle protège ce qui est jusqu'au moment où ce qui est commence à nuire à l'intérêt commun ». La liste n'est pas exhaustive, parmi les projets de déclarations, dans l'ouvrage de C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.* : « Projet de déclaration proposé aux députés des Communes aux États généraux de France ; par M. Servan, ancien avocat général au parlement de Grenoble », p. 43 et s., spéc. p. 48 ; « Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen – Lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution par M. l'Abbé Sieyès », p. 91 et s., spéc. p. 102 ; « Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen – Lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution par M. l'Abbé Sieyès », p. 91 et s., spéc. p. 106 ; « Projet des premiers articles de la Constitution lu dans la séance du 28 juillet 1789 par M. Mounier, membre du comité chargé du plan de Constitution », p. 109 et s., spéc. p. 111 ; « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – par M. Mounier », p. 119 et s., spéc. p. 120 ; « Projet de déclaration des droits de l'homme en société – par M. Target », p. 123 et s., spéc. p. 124 ; « Projet de déclaration des droits de l'homme en société – par M. Target », p. 123 et s., spéc. p. 125 ; « Projet d'une déclaration des droits et des principes fondamentaux du gouvernement par M. Dupont », p. 155 et s., spéc. p. 156 ; « Exposition des motifs qui paraissent devoir déterminer à réunir à la déclaration des droits de l'homme celle des devoirs du citoyen, par M. de Sinety, député », p. 175 et s., spéc. p. 178 ; « Projet de déclaration des droits par M. Gouges-Cartou, député des six sénéchaussées du Quercy », p. 203 et s., spéc. p. 207 ; « Projet de déclaration des droits de l'homme en société, présenté le 17 août 1789, par MM. Du Comité chargé de l'examen des Déclarations des droits », p. 249 et s., spéc. p. 250 ; « Projet préliminaire de la Constitution française, présenté par M. Rabaut Saint-Etienne », p. 254 et s., spéc. p. 261. Dans l'ouvrage L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.* : « Texte n° 8 – Thoret : Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Versailles, 13 août 1789 », p. 148 ; « Projet de déclaration proposé aux députés des Communes aux États généraux de France ; par M. Servan, ancien avocat général au parlement de Grenoble », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 43 et s., spéc. p. 43 et 44 : « Toute loi politique ou *constitutive* doit être le produit du vœu le plus manifeste et le plus général d'une nation » ; « la nation n'accordera aux opinions de ces représentants le grand et durable caractère de loi *constitutive*, qu'après y avoir appliqué le sceau du temps et de l'examen, mais surtout celui de son suffrage universel. Ces principes sont seuls capables d'assurer à la nation le droit inaliénable de n'obéir qu'à des lois qui soient la pure expression de volonté la plus générale » ; p. 48 : « 3° Ce qui convient au bien commun ne peut être déterminé que par la volonté générale, laquelle est la seule véritable loi ».

⁴²⁰ Sur ce point, v. également G. Merland, *thèse préc.*, p. 26.

⁴²¹ *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 245.

⁴²² *Ibid.*, p. 251 ; v. également M.-P. Deswarte, « Intérêt général, Bien commun », *art. préc.*, spéc. p. 1310.

⁴²³ *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 253.

⁴²⁴ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

la volonté générale – c'est-à-dire en réalité la volonté *majoritaire*⁴²⁵ – qu'il peut devenir la limite à la liberté individuelle. Cette expression survit à 1789 et ressurgit dans des déclarations ultérieures⁴²⁶.

75. La « nécessité publique ». L'article 17 de la Déclaration de 1789 ne tolère la privation de propriété que dans un cas de « nécessité publique », notion ici encore voisine de l'intérêt général⁴²⁷. Il convient de souligner que le terme de « nécessité » est plus fort que celui d'« intérêt » : une atteinte à un droit de cette importance requiert, pour être acceptable, une justification dotée d'une force particulière. L'expression est employée dans plusieurs projets, pour fonder l'atteinte à la propriété⁴²⁸. Le lien avec la déclaration d'utilité publique nécessaire en droit positif pour toute procédure d'expropriation est évident⁴²⁹. Dans une logique similaire à celle de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la privation de propriété ne peut être admise dans la Convention européenne des droits de l'homme que pour des raisons d'« utilité publique ».

76. Si la Déclaration des droits de l'homme présente ainsi une diversité de vocabulaire, il ne faut pas en déduire une disparité de sens : l'intérêt général y est exprimé formellement à travers des notions voisines, sans pour autant y jouer le rôle d'un standard. C'est sa mise en œuvre jurisprudentielle ultérieure qui lui octroiera cette fonction.

⁴²⁵ A. Depper, *Commentaire...*, *op. cit.*, p. 54.

⁴²⁶ V. par ex. : « Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen du 22 août 1795 », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 377 et s., spéc. p. 377 : « La loi est la volonté générale, exprimée par la majorité ou des citoyens ou de leurs représentants » ; « Texte n° 21 – Déclaration des droits de l'homme, dite "Girondine", 29 mai 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 262 : « Art. 3. La loi est l'expression de la volonté générale. ».

⁴²⁷ Sur ce point, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 23 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 460, p. 627 ; D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 5 ; M. Debene, « Article 17 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, G. Conac, M. Debene et G. Teboul (dir.), Economica, 1993, p. 343 et s., spéc. p. 349 et 350 : l'article 17 « illustre dans le domaine des biens la dialectique de l'intérêt général et des intérêts particuliers ».

⁴²⁸ « Projet de déclaration des droits de l'homme en société, présenté le 17 août 1789, par MM. Du Comité chargé de l'examen des Déclarations des droits », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 249 et s., spéc. p. 250 ; « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 373 et s., spéc. p. 374 ; « Texte n° 13 – Constitution de 1791 : Préambule et Titre I^{er} », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 188 et 189 ; « Texte n° 17 – Condorcet : Projet de Déclaration des droits civils et politiques des hommes, 15 février 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 242 ; « Texte n° 19 – Harmand : Opinion du 17 avril 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 253 ; « Texte n° 21 – Déclaration des droits de l'homme, dite "Girondine", 29 mai 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 262.

⁴²⁹ Le lien entre expropriation et cause d'utilité publique se manifeste à travers sa définition même : v. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant (dir.), PUF, coll. « Quadrige », 14^e éd., 2022, v° « Expropriation », p. 439. Dans ce régime, la notion a sans doute acquis un sens plus technique et ne constitue plus une notion voisine de l'intérêt général : v. not. B. Seiller, *Rép. cont. admin.*, « Acte administratif : régime – Elaboration de l'acte », oct. 2020, n° 83 et 84.

3. La limite d'intérêt général par la norme qui l'exprime

77. La dernière situation de mention formelle de l'intérêt général correspond à l'expression de la limite à travers la norme qui l'édicte. De nombreuses déclarations exigent ainsi l'incarnation de la réserve d'intérêt général à travers une norme empreinte de légitimité institutionnelle⁴³⁰ ; très souvent, la loi.

78. **La « Loi » dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.** Dans la Déclaration de 1789, l'intérêt général se manifeste à plusieurs reprises à travers la référence à la loi, qui entretient un double rapport avec les droits et libertés : « d'une part, elle a pour fonction d'assurer leur garantie effective ; d'autre part, elle fixe des limites à leur exercice »⁴³¹. Ainsi, la Déclaration donne sans aucun doute à la loi le rôle de prévoir le « régime juridique » des libertés : « La Déclaration n'est pas suffisante : le législateur doit obéir à l'invitation que lui lancent ses auteurs, et compléter par un cadre précis l'affirmation de principe posée dès 1789 »⁴³². La notion est omniprésente dans les projets de déclaration⁴³³, qu'elle protège ou

⁴³⁰ Seules certaines limites fondées sur la légalité seront données en exemple mais il y en a d'autres. Par exemple, dans la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 : ce texte prévoit notamment des clauses pour certains articles portant des possibilités de restrictions « prévues par la loi » et nécessaires pour atteindre différents objectifs d'intérêt général listés par les articles. Ces restrictions concernent notamment la liberté d'aller et de venir d'un pays à l'autre (article 8), la liberté de pensée et religieuse (article 12), la liberté d'opinion (article 13), la liberté syndicale (article 26), la liberté de circulation sur le territoire (article 39), la liberté d'association (article 40) ou encore l'accès à certains emplois déterminés (article 52). V. aussi, l'article 29, alinéa 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui énonce que « dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ces libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique » (v. A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 123), qui sert de modèle pour l'élaboration de la clause d'ordre public présente aux articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme (R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 48).

⁴³¹ J. Chevallier, « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 13 et s., spéc. p. 31 : il cite notamment l'exemple du terme « bornes » à l'article 4.

⁴³² J.-P. Costa, « Article 4 », *art. préc.*, spéc. p. 110.

⁴³³ Il serait impossible d'être exhaustif, mais voici quelques exemples. Pour le droit de propriété : « Projet de déclaration proposé aux députés des Communes aux États généraux de France ; par M. Servan, ancien avocat général au parlement de Grenoble », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 43 et s., spéc. p. 49 : « Tout citoyen sera libre de jouir de sa propriété, dans toute l'étendue que les lois lui auront laissée ». Pour la liberté : « Déclaration des droits de l'homme remise dans le Bureau de l'Assemblée nationale par M. Pétion de Villeneuve, député de Chartres » (date inconnue), in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 89 et s., spéc. p. 90 : « 11° La liberté des citoyens doit être sacrée et ne doit avoir d'autres limites que celles fixées par les lois qu'ils ont consenties ». Pour la liberté et la propriété : « Projet préliminaire de la Constitution française, présenté par M. Rabaut Saint-Etienne », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 254 et s. ; « Déclaration des droits par M. le Marquis de Condorcet », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 37 et s., spéc. p. 39 et 40 ; « Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen – Lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution par M. l'Abbé Sieyès », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 91 et s., spéc. p. 96 : « Les limites de la liberté individuelle ne sont placées qu'au point où elle commencerait à nuire à la liberté d'autrui. C'est à la loi de reconnaître ces limites et à les marquer. ». Sur la nécessité d'une loi pour accuser un citoyen : « Texte n° 12 – Sixième Bureau : Projet de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen discuté dans le sixième Bureau de l'Assemblée nationale, Paris, 1789 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 180 : « Art. XIV. Nul citoyen ne peut être accusé, ni troublé dans l'usage de sa propriété,

qu'elle limite la marge de manœuvre des citoyens⁴³⁴. En effet, « si le législateur ne fixait pas les limites de la liberté, la vie sociale se confondrait avec un rapport de forces »⁴³⁵. Il s'agit, par conséquent, selon les rédacteurs, de la seule limite acceptable aux libertés dans la Déclaration. Ainsi, dans toute la Déclaration, la limite de la « Loi » devient implicitement celle de l'intérêt général⁴³⁶ ; c'est sa source de volonté générale qui fonde sa légitimité : « la loi étant “l'expression de la volonté générale” [...], et émanant de “tous les citoyens”, il s'ensuit que c'est la nation elle-même qui, par les lois, décidera des bornes du droit naturel »⁴³⁷. On en veut pour preuve l'article 4, qui établit la « Loi » issue de la volonté générale, comme seule « borne » possible de la liberté : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. *Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* »⁴³⁸. L'article 5, dans son prolongement, précise que la loi est la seule norme à laquelle il faut obéir : en effet, « la loi est fondée sur l'intérêt général [...] ; c'est sur l'intérêt général qu'elle veille, c'est lui qu'elle protège quand elle ordonne, et c'est encore lui qu'elle défend quand elle prohibe et punit [...] ; elle ne se laisse jamais inspirer que par l'intérêt général, ou, ce qui revient au même, par l'intérêt de chacun »⁴³⁹. Les articles 7 et 8, qui énoncent les conditions dans lesquelles un citoyen peut être arrêté, détenu et condamné à une peine, font référence à la « Loi » comme seule source légitime pour fixer les justes conditions que la volonté générale a voulues. Cependant, « la loi n'est pas toute puissante »⁴⁴⁰, ainsi qu'en atteste l'énumération des buts d'intérêt général acceptables pour limiter les libertés énumérées par l'article 4 : « la liberté est la règle, la loi l'exception, ou si l'on veut, la loi ne saurait être liberticide, hormis les cas où elle peut et doit défendre de faire, au nom de l'égalité entre les droits de chacun et au nom de l'intérêt suprême de la société »⁴⁴¹. Le lien entre la loi et l'intérêt

ni gêné dans celui de sa liberté qu'en vertu de la loi, avec les formes qu'elle a prescrites, et dans les cas qu'elle a prévus ».

⁴³⁴ « Texte n° 11 – Comité des Cinq : Projet de déclaration des droits de l'homme en société, Paris, 1789 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, op. cit., p. 178 : « La liberté du citoyen consiste à n'être soumis qu'à la loi, à pouvoir faire, sans crainte de punition, tout usage de ses facultés qui n'est pas défendu par la loi, et par conséquent à résister à l'oppression » ; « Texte n° 7 – Anonyme : Projet de déclaration des droits par un membre de l'Assemblée nationale, 1789 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, op. cit., p. 140 : « Par sa nature, tout homme est libre. Dans la société, il n'est soumis qu'à la loi, et il est protégé par elle ».

⁴³⁵ J.-P. Costa, « Article 4 », art. préc., spéc. p. 104. Sur la compétence du législateur dans ce domaine, v. aussi P. Gervier, *thèse préc.*, n° 238 et s., p. 70 et s.

⁴³⁶ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., n° 24, p. 253.

⁴³⁷ L. Jaume, *Les déclarations...*, op. cit., p. 101.

⁴³⁸ C'est nous qui soulignons.

⁴³⁹ A. Depper, *Commentaire...*, op. cit., p. 49 et 50. Sur l'article 5 et l'ordre public comme limite à la liberté, v. P. Gervier, *thèse préc.*, n° 245 et s., p. 72 et s.

⁴⁴⁰ J.-P. Costa, « Article 4 », art. préc., spéc. p. 105.

⁴⁴¹ *Ibid.*

général est indéniable⁴⁴² : « la loi est générale en un double sens, d'abord en tant qu'elle est la volonté commune du peuple entier, celui-ci seul ayant la souveraineté ou puissance de légiférer ; et en outre en tant qu'elle a un objet général, c'est-à-dire un objet ayant une portée et présentant un intérêt général »⁴⁴³. Ce rattachement survit à la période révolutionnaire : Portalis affirmait ainsi que « dans chaque cité, la loi est une déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet d'intérêt commun »⁴⁴⁴. Dès la Déclaration, la loi constitue donc une référence implicite à l'intérêt général.

79. La légalité des atteintes au droit au respect des biens dans la Convention européenne des droits de l'homme. La référence à l'exigence de légalité, en dehors du cas de la clause d'ordre public, existe aux deux alinéas de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne. Le premier paragraphe, relatif à la privation de propriété, prévoit en effet que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et *dans les conditions prévues par la loi* et les principes généraux du droit international ». De même, la réglementation des biens doit se faire au moyen de la loi : le second paragraphe proclame le « droit que possèdent les États de *mettre en vigueur les lois* qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ». L'exigence de légalité renforce la référence formelle à l'intérêt général qui figure dans ces textes.

80. Les limites formelles et procédurales du Pacte international aux droits civils et politiques. L'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui pose le droit à la protection de la vie privée, offre des possibilités de limitation différentes de celles exposées précédemment : il interdit les « immixtions illégales ou arbitraires » ainsi que les « atteintes illégales » à la protection de la vie privée. La possibilité de restriction est ainsi centrée sur l'aspect formel et procédural de l'intérêt général.

81. Les « principes généraux du droit international ». L'article 1^{er}§1 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que : « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions

⁴⁴² Sur ce point, v. aussi *supra*, n° 8.

⁴⁴³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, éd. CNRS, p. 290 : certes à cette époque, l'intérêt général n'avait peut-être pas le statut de notion juridique comme c'est le cas aujourd'hui, mais on perçoit ici encore son caractère indissociable d'avec la loi.

⁴⁴⁴ J.-M.-E. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, éd. Confluences, Bordeaux, 1801, p. 25.

prévues par la loi et *les principes généraux du droit international* ». Ainsi, la limitation est possible dans l'optique d'un intérêt général défini par le droit international. Mis sur le même plan que la condition de légalité pour la privation de propriété, cette formule constaterait, selon les travaux préparatoires, une absence de consensus sur les conditions exactes de la privation de propriété, et en particulier la nécessité d'une condition d'indemnisation en cas d'expropriation⁴⁴⁵.

82. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les libertés énoncées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'apparentent à des libertés économiques, que l'on devine adressées tout autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Le mécanisme de limitation par l'intérêt général se présente ici, à l'image de la Constitution en droit interne, comme une possibilité d'aménagement des libertés, au moyen du droit dérivé de l'Union européenne et, par extension, des législations nationales. La principale prérogative énoncée par le Traité, au fondement de la construction de l'espace économique européen, est la libre circulation des biens, des services des personnes et des capitaux, garante de la fluidité économique de la construction européenne. Plus généralement, c'est souvent le droit dérivé ainsi que les législations nationales qui posent les limites aux libertés énoncées par les textes de droit originaire : c'est notamment le cas de l'article 20 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui prévoit la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union européenne « dans les conditions et limites définies par les traités et par les mesures adoptées en application de ceux-ci »⁴⁴⁶. Le mécanisme est le même à l'article 26, qui pose la « libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux », sous réserve des dispositions prévues par le Traité, et qui permet des restrictions fondées sur l'intérêt général⁴⁴⁷, ou encore, à l'article 22, pour le droit de vote des citoyens dans tout pays de l'Union lors des élections municipales, qui prévoit son propre encadrement par le Conseil et le Parlement. L'intérêt général formel suggéré par ces textes n'est certes pas exclusivement national⁴⁴⁸ mais il répond à un mécanisme identique de limitation des libertés.

C. L'intérêt général comme limite substantielle

83. Quand l'intérêt général n'est pas cité formellement, il peut faire l'objet d'une référence substantielle. En effet, en tant que notion fonctionnelle, l'intérêt général intègre un

⁴⁴⁵ L. Condorelli, « Premier protocole additionnel... », *art. préc.*, spéc. p. 986 ; *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, p. 201, vol. VII. V. aussi M. Rolain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, dir. Y. Strickler, thèse dactyl. Univ. Nice, 2015, n° 438, p. 298.

⁴⁴⁶ Cette liberté est réaffirmée à l'article 21.

⁴⁴⁷ D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens », *art. préc.*, spéc. p. 54.

⁴⁴⁸ V. *ibid.*, spéc. p. 49 et s.

contenu variable et évolutif. Dans les déclarations de droits fondamentaux, il arrive que les limitations ne puissent être justifiées que dans certaines circonstances déterminées par le texte, ce qui réduit la marge de manœuvre des États. C'est notamment le cas des circonstances exceptionnelles (1) ou de certains droits qui visent expressément les enjeux pouvant fonder la restriction de leur exercice (2).

1. Le cas des circonstances exceptionnelles

84. Les circonstances exceptionnelles : des atteintes plus graves pour la protection d'intérêts plus importants. La première hypothèse est celle des dérogations aux droits en raison de circonstances exceptionnelles. Elle est parfaitement illustrée par l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui permet de porter atteinte à tous les droits fondamentaux à l'exception des droits intangibles, en temps « de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la Nation »⁴⁴⁹. Le cas des circonstances exceptionnelles est l'illustration d'une forme de linéarité dans les restrictions de droits fondamentaux : plus l'intérêt général est important, plus il permet des limitations étendues aux droits fondamentaux. Dès lors, une distinction peut être opérée entre l'intérêt général *de droit commun*, justifiant les *restrictions*, et l'intérêt général *d'exception*, autorisant les *dérogations*⁴⁵⁰. Si l'on suit l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme, la survenance d'une situation grave justifie, davantage que de simples restrictions, de véritables *dérogations* aux droits fondamentaux, non seulement plus importantes qu'en présence de circonstances habituelles, mais touchant en outre des droits sans possibilité textuelle de limitations, tels que l'article 6 relatif au droit à un procès équitable⁴⁵¹. Bien que l'article 15 ne vise pas directement les enjeux qui peuvent être poursuivis, il suppose un seuil de gravité. Bien évidemment, les droits pour lesquels la possibilité de restrictions est prévue – les droits porteurs d'une clause d'ordre public⁴⁵² – peuvent *a fortiori* subir des dérogations en raison de circonstances exceptionnelles.

85. Circonstances exceptionnelles et droits intangibles. Le deuxième paragraphe de l'article 15 dispose que les dérogations ne peuvent concerner les droits intangibles⁴⁵³.

⁴⁴⁹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 149, p. 228.

⁴⁵⁰ Sur la distinction entre restriction et dérogation, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

⁴⁵¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199 ; P. Tavernier, « Article 15 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 489 et s., spéc. p. 498.

⁴⁵² V. *infra*, n° 97 et s.

⁴⁵³ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 153, p. 238 ; v. *supra*, n° 46.

L'intérêt général lui-même, même en cas de circonstances exceptionnelles, ne saurait être invoqué pour faire obstacle à l'exercice de ces droits⁴⁵⁴.

2. Les enjeux d'intérêt général visés par les textes en dehors de l'hypothèse de la clause d'ordre public

86. Les droits d'autrui et l'interdiction de nuire comme enjeux d'intérêt général portés par la Loi. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 détermine également parfois à l'avance, les objectifs que les ingérences devront poursuivre, ce qui manifeste le versant substantiel de l'intérêt général. L'article 4 de la Déclaration en est un exemple : il institue la loi comme limite à la liberté tout en précisant les objectifs qu'elle doit poursuivre, dans une logique proche de celle adoptée par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la liberté ne peut avoir comme limite *que* les droits d'autrui et la nécessité de ne pas leur nuire et ces deux objectifs ne peuvent avoir comme support *que* la « Loi »⁴⁵⁵. Non seulement l'intérêt général est ici posé comme limite à la liberté, mais son contenu et les enjeux qu'il doit porter sont déterminés à l'avance. L'enjeu d'intérêt général de protection des libertés d'autrui constitue une limite classique que l'on retrouve dans de nombreux projets de Déclaration⁴⁵⁶. Il renvoie en outre implicitement à l'exigence d'égalité : il n'y a de liberté individuelle que si elle peut être exercée également par tous, donc de manière nécessairement encadrée⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Sur ce point, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 88.

⁴⁵⁵ C'est dans le texte que le mot comporte une majuscule.

⁴⁵⁶ « Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen – Lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution par M. l'Abbé Sieyès », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 91 et s., spéc. p. 96 : « Les limites de la liberté individuelle ne sont placées qu'au point où elle commencerait à nuire à la liberté d'autrui. C'est à la loi de reconnaître ces limites et à les marquer. » ; « Exposition des motifs qui paraissent devoir déterminer à réunir à la déclaration des droits de l'homme celle des devoirs du citoyen, par M. de Sinety, député », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 175 et s., spéc. p. 180 : « Art. XIII – La libre communication des pensées étant un droit de l'homme, elle ne doit être restreinte qu'autant qu'elle nuit aux droits d'autrui. Nul ne doit attenter par ses paroles et par ses écrits, au bon ordre de la société et à l'honneur de ses concitoyens. La calomnie publique et privée doit être punie par la loi, qui doit s'assurer des moyens d'empêcher et de proscrire les écrits dangereux et calomnieux » ; « Projet de déclaration des droits de l'homme en société, présenté le 17 août 1789, par MM. Du Comité chargé de l'examen des Déclarations des droits », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 249 et s., spéc. p. 250 : « 8° Ainsi, libre dans ses pensées, et même dans leur manifestation, le citoyen a le droit de les répandre par la parole, par l'écriture, par l'impression, sous la réserve expresse de ne pas donner atteinte aux droits d'autrui » ; « Texte n° 13 – Constitution de 1791 : Préambule et Titre 1^{er} », in L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 188 et 189 : « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique, ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société. La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés, ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice » ; « Projet préliminaire de la Constitution française, présenté par M. Rabaut Saint-Etienne », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 254 et s., spéc. p. 260 : « 3° Sur la liberté des discours et des écrits [...]. Que les discours qui ne nuisent pas aux individus ou à la société sont permis ».

⁴⁵⁷ J.-P. Costa, « Article 4 », *art. préc.*, spéc. p. 103.

87. L'ordre public. L'ordre public constitue, à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une limite à la liberté d'exprimer ses opinions ou sa religion : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ». La notion est sans doute assimilée ici à sa définition concrète de finalité de la police administrative – « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique »⁴⁵⁸. C'est d'ailleurs ce qui transparaît des travaux préparatoires ; l'Assemblée craint que les « manifestations » religieuses ne « troublent l'ordre public »⁴⁵⁹. On retrouve l'expression dans d'autres projets concernant la liberté religieuse⁴⁶⁰ ; on cite aussi le « bon ordre » comme limite à la libre communication⁴⁶¹. Aujourd'hui encore, l'ordre public est considéré comme une « composante essentielle »⁴⁶² de l'intérêt général : pour le juge administratif, « tout motif d'ordre public est réputé [...] servir l'intérêt général »⁴⁶³.

88. Le « paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ». Ici encore, il s'agit d'un enjeu qui n'est présent que dans le premier article du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Il semble faire écho à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui qualifie « d'indispensable » la contribution commune à « l'entretien de la force publique » et aux « dépenses d'administration ». L'impôt est ici entendu au sens large et complété par l'expression « autres contributions ». Enfin, l'article fait mention des « amendes », qui se rattachent sans doute à l'enjeu de respect de la loi pénale, fréquent dans la clause d'ordre public⁴⁶⁴. L'expression évoque « l'entretien de la force commune et les dépenses d'administration » qui justifient la « contribution commune » prévue à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁴⁵⁸ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 990, p. 334.

⁴⁵⁹ Intervention de M. Rabaud de Saint-Etienne, « Suite de la discussion du projet relatif à la déclaration des droits : article relatif à la liberté des cultes, lors de la séance du 23 août 1789 », in *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, p. 478.

⁴⁶⁰ « Divers articles proposés pour entrer dans la déclaration des droits, par M. de Boislaudry », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 263 et s., spéc. p. 264 : « Art. I [...] 16. Tout homme est libre de professer telle religion qu'il lui plaît ; [...] pourvu qu'il ne trouble point la tranquillité des autres, ni l'ordre public ».

⁴⁶¹ « Exposition des motifs qui paraissent devoir déterminer à réunir à la déclaration des droits de l'homme celle des devoirs du citoyen, par M. de Sinety, député », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 175 et s., spéc. p. 180 : « Art. XIII – La libre communication des pensées étant un droit de l'homme, elle ne doit être restreinte qu'autant qu'elle nuit aux droits d'autrui. Nul ne doit attenter par ses paroles et par ses écrits, au bon ordre de la société et à l'honneur de ses concitoyens. La calomnie publique et privée doit être punie par la loi, qui doit s'assurer des moyens d'empêcher et de proscrire les écrits dangereux et calomnieux ».

⁴⁶² *Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 290. Sur ce point, v. *infra*, n° 14 et s. et *supra*, n° 521 et s. et n° 635 et s.

⁴⁶³ *Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 290.

⁴⁶⁴ V. *infra*, n° 114 et s.

89. L'unique possibilité textuelle de limitation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue en principe un droit conditionnel qui n'est susceptible que de dérogations en cas de circonstances exceptionnelles⁴⁶⁵ ou de limitations jurisprudentielles « implicites »⁴⁶⁶. Une seule garantie peut faire l'objet d'un encadrement par l'État : la publicité des audiences⁴⁶⁷. Les enjeux spécifiques permettant de la limiter furent introduits dans la Convention à la demande du Royaume-Uni⁴⁶⁸. À l'époque, la rédaction provisoire voulait que l'article se découpât en deux enjeux de publicité : celui de l'audience et celui du jugement. L'intérêt des mineurs et la vie privée pouvaient constituer une limite dans ces deux situations et eux seuls pouvaient fonder le refus de la publicité du jugement. En revanche, l'intérêt de la justice, en raison des circonstances particulières de l'affaire, pouvait justifier les entorses à la publicité de l'audience. Cette dernière pouvait alors également être limitée pour des raisons de « moralité, d'ordre public ou de sécurité nationale dans une société démocratique »⁴⁶⁹. Désormais, cette distinction entre publicité de l'audience et publicité des jugements a disparu de l'article 6 : le jugement est toujours rendu publiquement. Seule l'audience peut être soustraite à la publicité en raison de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, pour la protection des intérêts des mineurs ou de la vie privée des parties au procès ou alors, selon l'appréciation du tribunal, en raison de la possibilité d'une atteinte aux intérêts de la justice. Il est à noter que cette appréciation du tribunal, qui n'existe plus que dans le cas de l'intérêt de la justice, existait, avant l'intervention britannique, pour tous les enjeux d'intérêt général permettant la limitation de la publicité⁴⁷⁰.

90. Intérêt des mineurs, protection de la vie privée et intérêt de la justice. La seconde partie de la limite à la publicité des jugements prévoit la possibilité de limiter la publicité de manière proportionnée – « dans la mesure [...] strictement nécessaire » – et selon l'appréciation du juge – « dans la mesure *jugée* strictement nécessaire *par le tribunal* »⁴⁷¹. La restriction implique donc à la fois la proportionnalité et un enjeu d'intérêt général : « l'intérêt de la justice ». Cette exigence rappelle la possibilité des procès à huis clos en raison de circonstances exceptionnelles. Une disposition comparable existe en droit français :

⁴⁶⁵ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

⁴⁶⁶ V. *supra*, n° 46 et S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 50 et s., p. 53 et n° 114 à 117, p. 95 à 97 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 383, p. 605.

⁴⁶⁷ P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 4, p. 223.

⁴⁶⁸ *Recueil des travaux préparatoires de la Convention...*, *op. cit.*, vol. V, p. 67.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.* ; *Comp. Recueil des travaux préparatoires de la Convention...*, *op. cit.*, vol. IV, p. 277.

⁴⁷¹ Nous soulignons.

l'article 306 du code de procédure pénale prévoit que les débats doivent être publics, « à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs », bien que les enjeux ne soient pas parfaitement identiques. En matière civile, l'article 435 du code de procédure civile donne au juge la possibilité de « décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice ». Il semble donc que des enjeux similaires se retrouvent en droit interne. Très spécifiques quant à leur objet, ces deux mécanismes montrent à quel point l'exclusion de la publicité doit être rare.

91. Un exemple parmi les « grandes lois de liberté » du XIX^e siècle. Un dernier exemple peut être tiré de la loi relative à la liberté de réunion de 1881. L'article 8 prévoit que « chaque réunion doit avoir un bureau composé de trois personnes au moins. Le bureau est chargé de maintenir l'ordre, d'empêcher toute infraction aux lois, d'interdire tout discours contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ou contenant provocation à un acte qualifié crime ou délit »⁴⁷². Ainsi, l'intérêt général s'exprime à travers les limites que la liberté de réunion ne peut franchir : l'infraction aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

92. Le Traité de fonctionnement de l'Union européenne. L'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit la libre circulation des travailleurs, qui ne peut être limitée que sur le fondement de l'ordre public⁴⁷³, de la santé et de la sécurité publique. Tout enjeu d'intérêt général ne justifie pas les restrictions.

93. La présence d'enjeux substantiels d'intérêt général dans les textes procède sans doute d'une volonté de circonscrire les possibilités de limitation de certains droits fondamentaux en raison de leur importance.

D. L'intérêt général dans la clause d'ordre public : limite formelle et substantielle

94. La clause d'ordre public constitue un cas particulier de limite d'intérêt général. Il s'agit d'un mécanisme de limitation des droits et libertés organisé à l'avance et mettant en scène à la fois l'intérêt général formel et l'intérêt général substantiel. Le degré d'encadrement, ainsi que l'énumération des enjeux d'intérêt général acceptables, fournissent souvent des indices sur le niveau de protection du droit ou de la liberté considéré.

⁴⁷² Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion.

⁴⁷³ A. Remedem, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, dir. B. Bonnet, thèse dactyl. Univ. Auvergne Clermont I, 2015, p. 50.

95. Si plusieurs Conventions de sauvegarde des droits de l'homme prévoient une possibilité de limitation des droits et libertés selon un modèle similaire⁴⁷⁴, la Convention européenne des droits de l'homme en est l'illustration la plus typique et la plus célèbre. On s'intéressera au mécanisme (1) avant d'analyser les différents enjeux d'intérêt général substantiels énumérés par les articles (2).

1. Le mécanisme de la clause d'ordre public : une manifestation combinée de l'intérêt général formel et substantiel

96. **Les droits conditionnels susceptibles de restrictions dans la Convention européenne des droits de l'homme : des limites à l'application habituelle des droits.** Les travaux préparatoires de la Convention ne laissent planer aucune ambiguïté sur le lien entre les droits fondamentaux et l'intérêt général : « L'État peut définir, limiter, restreindre les libertés quand l'ordre et la sécurité publique sont en cause. Il n'y a pas de liberté concevable contre l'intérêt commun, le bien général, la sécurité et l'ordre des citoyens »⁴⁷⁵. Les juges de la Cour eux-mêmes affirment quelques années plus tard dans l'arrêt dit *Affaire linguistique belge* que : « la Convention implique [...] un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux »⁴⁷⁶. Ainsi, non seulement l'intérêt général est présenté comme une limite générale et unitaire, mais il est également une limite nécessaire, exprimée par le texte de la Convention lui-même⁴⁷⁷. En dehors du champ d'application juridique⁴⁷⁸ des droits et libertés, des réserves préalables que sont susceptibles d'émettre les États à certaines dispositions⁴⁷⁹ et des dérogations en raison des circonstances exceptionnelles, les droits conditionnels susceptibles de restrictions sont ceux pour lesquels le texte même qui

⁴⁷⁴ W. S. Tarnopolsky, « Sources communes... », *art. préc.*, spéc. p. 69 et 70 : évoque l'article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés qui « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

⁴⁷⁵ Intervention de P.-H. Teitgen, in *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. 1, p. 33.

⁴⁷⁶ CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge*, n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, §5. Pour un constat similaire, v. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 208, p. 122. Cet auteur voit d'ailleurs dans cet équilibre la clé de l'ordre public européen (n° 345 et s., p. 204 et s.). Peut-être y a-t-il ici une ambiguïté dans l'expression « intérêt général de la communauté » : la communauté renvoie-t-elle à l'ensemble du Conseil de l'Europe, ou à une vision plus nationale, celle de la communauté au sein de laquelle la restriction est établie ? À ce stade, cela n'a pas d'importance puisqu'il s'agit d'exprimer l'équilibre entre collectif et individuel. Sur l'ordre public européen par opposition à l'ordre public interne, v. *infra*, n° 658.

⁴⁷⁷ Il ne semble pas possible de citer toutes les références de manière exhaustive mais pour quelques exemples : F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme – De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017.289, n° 7 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 16 ; D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 5.

⁴⁷⁸ R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 52.

⁴⁷⁹ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 122 ; sur ce point, v. également H. Golsong, « Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Quatrième colloque du département des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1982, p. 23 et s. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 160 et s., p. 93 et s.

les énonce prévoit la possibilité d'apporter des limites spécifiques à leur application. Cette partie de l'article, souvent située dans un paragraphe séparé qui suit l'énoncé du droit ou de la liberté, s'appelle la « clause d'ordre public »⁴⁸⁰. Les articles porteurs de cette clause sont principalement les articles 8 à 11 de la Convention européenne et 2 du quatrième Protocole additionnel. La restriction « [trouve son] fondement dans la nécessité de préserver en période normale les institutions démocratiques »⁴⁸¹. Il s'agit en quelque sorte d'une limite *normale* à l'exercice des droits et libertés, d'une « application imparfaite »⁴⁸² de ces dernières. Un juge de la Cour l'affirma à l'occasion d'une opinion dissidente dans l'arrêt *Affaire linguistique belge* : « selon l'esprit de la Convention, notamment aux articles 8, 9, 10, 11 et 18, chacun des États contractants peut, pour des motifs ayant trait à l'intérêt général, prendre “les mesures nécessaires dans une société démocratique” afin de protéger l'intérêt général, tel qu'il se dégage des circonstances de la cause ; mais cela dans la mesure où, tout en sauvegardant l'intérêt général, il ne supprime ni ne limite sensiblement les obligations découlant de la Convention »⁴⁸³.

97. La « clause d'ordre public » : manifestation de la possibilité de limitation par l'intérêt général. La clause d'ordre public « définit les conditions que la mesure restrictive doit remplir pour être compatible avec la Convention »⁴⁸⁴. Parmi ces conditions, de manière plus ou moins explicite, figure l'intérêt général : ainsi dans la Convention européenne des droits de l'homme « les limitations [...] sont apparues nécessaires, non pas seulement pour convaincre les États d'accepter les engagements qui leur étaient proposés, mais également pour leur permettre de remplir leur fonction de gardiens de l'ordre public et de l'intérêt général »⁴⁸⁵. La clause d'ordre public comprend classiquement trois éléments : tout d'abord, la légalité⁴⁸⁶ de la mesure restrictive, ensuite, sa « nécessité dans une société démocratique »⁴⁸⁷, au regard, enfin, d'un certain nombre de buts légitimes énumérés par l'article⁴⁸⁸. En effet, toute « ingérence »⁴⁸⁹ – limitation – dans un droit ou une liberté de la Convention ne constitue pas

⁴⁸⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge*, *préc.*, opinion dissidente de M. le Juge G. Maridakis, §7.

⁴⁸⁴ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199 et n° 131, p. 203.

⁴⁸⁵ R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 47.

⁴⁸⁶ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 132, p. 203 et s.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, n° 138 et s., p. 211 et s.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, n° 136 et s., p. 208 et s.

⁴⁸⁹ On parle en effet « d'ingérence » (v. not. *ibid.*, n° 131, p. 203) pour désigner la limitation à un droit ou à une liberté reconnue par la Convention, cette ingérence pouvant, ou non, constituer une violation.

nécessairement une « violation » de cette dernière, susceptible d'entraîner une sanction⁴⁹⁰. Le travail jurisprudentiel de la Cour européenne consiste d'ailleurs le plus souvent à déceler, parmi les ingérences, celles qui constituent des violations, c'est-à-dire des limitations incompatibles avec le respect de la Convention, au moyen du contrôle effectué au regard de la clause d'ordre public. L'expression de « clause d'ordre public » est d'ailleurs éloquente en raison du lien qu'entretient l'ordre public avec l'intérêt général⁴⁹¹ : ce dernier est plus large, l'ordre public constituant le plus souvent un enjeu d'intérêt général⁴⁹², mais il semble ici employé comme une notion voisine et non comme un sous-ensemble de l'intérêt général. Il est dès lors indéniable que la notion d'intérêt général est présente dans les limites énoncées par les articles eux-mêmes. La clause d'ordre public regroupe les critères qui rendent une restriction conforme à la Convention et il est possible de déceler la présence de l'intérêt général dans l'ensemble des critères qui mettent une ingérence en conformité avec la Convention.

98. L'intérêt général présent dans la condition de légalité de la Convention européenne des droits de l'homme : une manifestation de l'intérêt général *formel*. Les articles 8 à 11 de la Convention et 2 du quatrième Protocole additionnel, exigent le respect d'une condition de « légalité » pour légitimer les atteintes aux droits fondamentaux⁴⁹³ : les articles prévoient en effet que, pour être valables, les restrictions doivent être « prévues par la loi ». Cette exigence est liée dans une certaine mesure à la lutte contre les mesures arbitraires⁴⁹⁴, mais laisse également une place centrale à l'intérêt général. En effet, la loi en droit français est nécessairement porteuse de l'intérêt général : les restrictions doivent porter le sceau de la légitimité démocratique en émanant des institutions compétentes pour en déterminer le

⁴⁹⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 131, p. 203 : il suffit pour cela de se pencher sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui commencent souvent par caractériser une ingérence, c'est-à-dire qu'ils commencent par étudier s'il y a une atteinte à la Convention, puis par examiner si cette *ingérence* constitue une *violation*, c'est-à-dire une atteinte incompatible avec les exigences de la Convention. Le terme d'« ingérence » résulte du texte même de la Convention.

⁴⁹¹ Sur ce point, v. *supra*, n° 14 et s. et *infra*, n° 521 et s.

⁴⁹² Voir *supra*, n° 14 et s. Pour appuyer encore davantage cette idée, v. R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 46 où l'auteur affirme : « tous les textes récents relatifs à la protection internationale des droits de l'homme prévoient, au moins pour certains de ces droits, la possibilité pour l'État de leur apporter des limitations ou restrictions en vue de sauvegarder un intérêt commun, qui déborde de la notion classique d'ordre public ».

⁴⁹³ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 132, p. 203 et s. ; les articles 8 à 11 emploient l'expression « prévues par la loi » pour qualifier les ingérences acceptables ; l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel emploie également cette expression pour la privation de propriété (§ 1) et évoque « le droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires » pour ce qui concerne la « réglementation de l'usage des biens ».

⁴⁹⁴ F. Jacobs, « Les restrictions à l'exercice des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme : évolution de 1950 à 1975 », *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme*, Rome 1975, p. 1 et s., p. 4 ; V. Coussirat-Coustère, « Article 8§2 », *art. préc.*, spéc. p. 332.

contenu⁴⁹⁵. Ceci participe de l'exigence de la prééminence du droit, affirmée dans le préambule de la Convention européenne⁴⁹⁶. D'une manière générale, il s'agit en outre d'une exigence de l'État de droit, qui se manifeste, en France, par l'intervention du législateur élu par le peuple⁴⁹⁷. Le critère de la légalité de l'atteinte constitue ainsi une manifestation de l'intérêt général formel. À l'inverse, la « loi » est entendue dans le texte de la Convention, dans son sens matériel : il suffit qu'il s'agisse d'une règle accessible et prévisible⁴⁹⁸ émise par une autorité étatique légitime⁴⁹⁹, sans distinction entre le droit écrit et non écrit⁵⁰⁰, ce qui permet d'inclure les règles de nature jurisprudentielle des pays de *Common law*, par exemple⁵⁰¹. Malgré l'approche matérielle de la loi, celle de l'intérêt général est formelle : toute règle porteuse d'intérêt général peut remplir la condition de légalité⁵⁰².

99. L'intérêt général *substantiel* dans la clause d'ordre public de la Convention européenne : une condition de la légitimité de l'atteinte à travers le but légitime. L'intérêt général substantiel se manifeste particulièrement dans l'énumération des « buts légitimes »⁵⁰³ de la clause d'ordre public : ils incarnent de véritables « buts d'intérêt général »⁵⁰⁴, conformes à « l'intérêt public »⁵⁰⁵. L'exigence touche tout autant *l'existence* du but – les États doivent se doter d'un but « précis »⁵⁰⁶ et sincère au regard de l'article 18 – que sa *qualité* : il doit figurer parmi ceux énumérés par l'article. L'intérêt général se manifeste implicitement derrière cette liste « exhaustive »⁵⁰⁷ de buts acceptables pouvant justifier les atteintes à certains droits fondamentaux, parmi lesquels figure la défense de l'intérêt particulier, à travers la défense des

⁴⁹⁵ V. *supra*, n° 8.

⁴⁹⁶ P. Wachsmann, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 241 et s., spéc. p. 263.

⁴⁹⁷ R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 49.

⁴⁹⁸ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 134, p. 205.

⁴⁹⁹ V. Fabre-Alibert, « La notion de “société démocratique”... », *art. préc.*, spéc. p. 485, où il est également précisé que la jurisprudence dans un pays de *Common law* peut entrer dans cette catégorie de « prévu par la loi » ; v. CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, §49 et 50 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 135, p. 207.

⁵⁰⁰ L. Condorelli, « Premier protocole additionnel... », *art. préc.*, spéc. p. 131.

⁵⁰¹ V. Coussirat-Coustère, « Article 8§2 », *art. préc.*, spéc. p. 332.

⁵⁰² Sur ce point et les effets sur la marge nationale d'appréciation, v. *infra*, n° 538 et s. Sur la distinction entre l'intérêt général formel et l'intérêt général substantiel, v. *supra*, n° 31.

⁵⁰³ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 394, p. 231 : « l'intérêt général se trouve “derrière” le but légitime ». Plus loin elle écrit que « l'intérêt général est susceptible d'apparaître tant au niveau de l'examen du but légitime » (n° 486, p. 284).

⁵⁰⁴ M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 65 et s., spéc. p. 66.

⁵⁰⁵ V. Fabre-Alibert, « La notion de “société démocratique”... », *art. préc.*, spéc. p. 487.

⁵⁰⁶ G. Merland, *thèse préc.*, p. 88.

⁵⁰⁷ E. Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. G. Malinverni, Bruylant, 1996, p. 72.

droits et libertés d'autrui⁵⁰⁸. L'intérêt général formel peut ainsi contenir des enjeux substantiels qui ne représentent pas forcément des intérêts *publics*.

100. La société démocratique comme notion porteuse d'intérêt général. La « société démocratique » est le troisième élément de la clause d'ordre public. La Cour la définit comme favorisant « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »⁵⁰⁹ à travers l'« équilibre entre les droits fondamentaux de chacun »⁵¹⁰, notamment par la prise en compte des minorités sans prédominance excessive de l'opinion majoritaire⁵¹¹. Ainsi, la « protection de la société démocratique » implique l'équilibre entre « les impératifs de la défense de cette société et la sauvegarde des droits individuels »⁵¹². L'expression de « société démocratique » n'est pas spécifique à la Convention européenne des droits de l'homme : on retrouve une telle formulation dans de nombreuses déclarations de protection des droits fondamentaux – notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁵¹³. Elle suppose une certaine « adaptabilité » à l'évolution des sociétés des États membres de la Convention, mais également une forme « d'unification » des systèmes soumis à un standard unique⁵¹⁴. La « société démocratique » entretient un lien indiscutable avec l'intérêt général : « la Cour doit tenir compte des intérêts généraux dont la société démocratique doit assurer la défense ou la protection »⁵¹⁵. Seul l'intérêt général *d'une société démocratique* – c'est-à-dire « véritablement démocratique »⁵¹⁶ – est susceptible d'apporter une limite à un droit ou à une liberté⁵¹⁷ : « les auteurs de la Convention ont, semble-t-il, considéré l'existence d'une démocratie comme une condition préalable à la protection effective des droits de l'homme »⁵¹⁸. En effet, on ne saurait considérer que les objectifs poursuivis par une organisation politique non démocratique seraient de nature à limiter légitimement les droits et obligations portés par la Convention. Le standard

⁵⁰⁸ R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 50 : « il ne s'agit pas seulement de l'ordre public au sens classique du mot [...] mais de l'intérêt public entendu de manière large, notion qui inclut la protection des droits et libertés d'autrui, de la morale et même, dans certains articles considérés, du bien-être économique ».

⁵⁰⁹ V. not. CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, §112, sur l'application de l'article 11 et sur ce point, v. not. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 138, p. 211.

⁵¹⁰ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, *préc.*, §112, sur l'application de l'article 11.

⁵¹¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 138, p. 211.

⁵¹² J. Andriantsimbazovina, « L'abus de droit... », *art. préc.*, spéc. p. 1855.

⁵¹³ V. not. l'art. 29 de la Déclaration universelle des droits de l'homme précédemment citée, ainsi que la Charte canadienne des droits et libertés : v. W. S. Tarnopolsky, « Sources communes... », *art. préc.*, spéc. p. 69 et 70.

⁵¹⁴ F. Jacquemot, *thèse préc.*, n° 5, p. 20.

⁵¹⁵ V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique"... », *art. préc.*, spéc. p. 490.

⁵¹⁶ P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 10, p. 236, nous soulignons. Il s'agit d'ailleurs d'une condition d'adhésion à la Convention : F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 138, p. 211 ; F. Jacquemot, *thèse préc.*, n° 12, p. 57. Le préambule fait en effet référence aux régimes politiques « véritablement démocratiques ».

⁵¹⁷ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 134, p. 80.

⁵¹⁸ F. Jacobs « Dans quelle mesure... », *art. préc.*, p. 6.

de la société démocratique renvoie ainsi aux « valeurs fondamentales de la société »⁵¹⁹, entendues à l'échelle de l'ensemble du Conseil de l'Europe. La « société démocratique » constitue ainsi « le guide et le révélateur »⁵²⁰ du contrôle de l'intérêt général au regard des valeurs portées par un ordre public et un intérêt général européens⁵²¹ selon un « modèle de comportement »⁵²² et des « principes fondamentaux de la démocratie »⁵²³.

101. Ambivalence accrue du lien entre l'intérêt général et la société démocratique. Ainsi, le lien qui unit la société démocratique et l'intérêt général est plus ambivalent que celui qui rattache l'intérêt général à ses autres manifestations dans le texte de la Convention. En effet, la notion de société démocratique revêt en réalité un rôle intermédiaire entre la pure défense des libertés individuelles et la protection de l'intérêt général. La notion se situe en effet à la charnière entre l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux et l'intérêt général comme soutien à leur protection. Le lien étroit entre l'exigence de la société démocratique et l'équilibre qui doit exister entre le pouvoir étatique et l'exercice des libertés individuelles révèle une fois encore l'ambivalence de la place de l'intérêt général vis-à-vis des droits fondamentaux. Ainsi, affirmer que les limites doivent être « légitimes *dans une société démocratique* » illustre déjà ce subtil équilibre entre la restriction excessive et l'exacerbation des libertés.

102. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : des clauses de restriction proches de celles de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵²⁴ adopte un format de limite d'intérêt général qui se rapproche de celui de la Convention européenne des droits de l'homme. À la différence de la Déclaration universelle de 1948 qui ne comporte qu'une unique clause de restriction générale⁵²⁵, il prévoit l'équivalent de clauses d'ordre public, dont la construction paraîtra désormais classique : les limitations doivent être prévues par une loi « précise »⁵²⁶, et nécessaires pour atteindre un certain nombre d'objectifs déterminés à l'avance par le texte. La référence à l'intérêt général est donc à la fois formelle – à travers la référence à la loi – et substantielle – à travers les enjeux invocables pour justifier les restrictions. Ainsi, par exemple,

⁵¹⁹ F. Jacquemot, *thèse préc.*, n° 10, p. 23.

⁵²⁰ *Ibid.*, n° 29, p. 34.

⁵²¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 138, p. 211 ; F. Jacquemot, *thèse préc.*, n° 29, p. 33. V. aussi sur le lien entre intérêt général européen et société démocratique B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 287 et s., p. 170 et s.

⁵²² F. Jacquemot, *thèse préc.*, n° 29, p. 33.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ Le mécanisme est également adopté par la Convention de New York relative aux droits de l'enfant.

⁵²⁵ R. Pelloux, « Les limitations... », *art. préc.*, spéc. p. 48, il s'agit de l'article 29.

⁵²⁶ O. Delas, « Article 12 », in *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Commentaire article par article*, E. Decaux (dir.), Economica, 2010, p. 285 et s., spéc. p. 297 et 298.

dans l'article 12 sur la libre circulation entre les États, le texte prévoit que : « 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 3. Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont *prévues par la loi, nécessaires* pour protéger la *sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques*, ou les *droits et libertés d'autrui*, et compatibles avec les *autres droits* reconnus par le présent Pacte »⁵²⁷. Le standard de la société démocratique apparaît dans l'énoncé de la liberté d'association⁵²⁸, ainsi que de la liberté de réunion, également porteuse d'une clause de restriction. De même, l'article 19 sur la liberté d'expression révèle également une telle possibilité de limitations, toujours selon une liste « restrictive »⁵²⁹. La filiation avec la Convention européenne est indéniable – les formulations y sont même parfois identiques –, y compris dans les enjeux d'intérêt général choisis.

103. La clause d'ordre public commune à tous les articles : l'exemple de l'article 52§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À l'image du mécanisme de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, l'article 52§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵³⁰ prévoit une clause de limitation générale des droits et libertés fondée sur l'intérêt général ainsi rédigée : « Toute limitation à

⁵²⁷ Nous soulignons. Le même mécanisme intervient à l'article 18 qui énonce la liberté de manifester sa religion : « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions *prévues par la loi* et qui sont *nécessaires* à la protection de la *sécurité*, de l'*ordre* et de la *santé publique*, ou de la *morale* ou des *libertés et droits fondamentaux d'autrui* ». La liberté d'association comporte une clause similaire : « L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions *prévues par la loi* et qui sont *nécessaires* dans une *société démocratique*, dans l'intérêt de la *sécurité nationale*, de la *sûreté publique*, de l'*ordre public*, ou pour protéger la *santé* ou la *moralité publiques* ou les *droits et les libertés d'autrui*. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées et de la police ». On ne peut s'empêcher de remarquer le lien évident avec l'article 11 de la Convention européenne : « L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ». Le texte est identique.

⁵²⁸ F. Jacquemot, *thèse préc.*

⁵²⁹ S. Touzé, « Article 19 », in *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Commentaire article par article*, E. Decaux (dir.), Economica, 2010, p. 445 et s., spéc. p. 457.

⁵³⁰ On se limite à cet exemple, bien qu'il y en ait d'autres : la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel contient également une clause générale de restriction du Conseil de l'Europe signée le 28 janvier 1981 ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 (ONU), v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 118, p. 90 ; ou encore la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (ONU), v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 119, p. 91 ; mais également la Convention d'Oviedo pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997 (Conseil de l'Europe), v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 130, p. 96. De même, la Charte européenne des langues régionales et minoritaires du 5 novembre 1992, v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 131, p. 96. Sur ce point, v. S. U. Colella, *thèse préc.*

l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des *objectifs d'intérêt général* reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »⁵³¹. Comme dans la Convention européenne des droits de l'homme, sont exclus de l'article 52§1 certains droits « absolus »⁵³², expressément considérés dans le texte comme insusceptibles de dérogations. Le deuxième paragraphe de l'article énonce les possibilités de limitations par des règles issues de l'Union européenne⁵³³, fondées par un intérêt général qui leur est propre⁵³⁴. Enfin, le dernier alinéa prévoit une limite liée à l'intérêt général issu du Conseil de l'Europe⁵³⁵, par la prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. Les enjeux substantiels d'intérêt général dans la Convention européenne des droits de l'homme

104. Les objectifs d'intérêt général proposés par la Convention. Les clauses d'ordre public de la Convention européenne des droits de l'homme procèdent par énumération des objectifs d'intérêt général acceptables que les États peuvent poursuivre pour fonder la limitation de l'exercice d'un droit ou d'une liberté⁵³⁶. La Convention désigne ainsi les enjeux substantiels d'intérêt général, à travers les buts légitimes de nature à justifier les restrictions.

⁵³¹ Art. 52§1 Charte des droits fondamentaux. V. S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1 – Limitations aux droits garantis », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2^e éd., p. 1249 et s., n° 1, p. 1251 ; J. Dutheil de La Rochère, *J.-Cl. Libertés (archives), préc.*, n° 144. C'est nous qui soulignons.

⁵³² S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1... », *art. préc.*, n° 4, p. 1252.

⁵³³ A. Remedem, *thèse préc.*, p. 272 ; S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1... », *art. préc.*, n° 37, p. 1272 : cite différents articles du TUE énonçant des objectifs d'intérêt général, comme par exemple l'article 3§1 : « L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples » ; J. Dutheil de La Rochère, *J.-Cl. Libertés, préc.*, n° 144.

⁵³⁴ V. D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens », *art. préc.*, spéc. p. 49 et s. V. aussi S. U. Colella, *thèse préc.*, n° 612 et s., p. 290 et s.

⁵³⁵ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 232 et s., p. 137 et s. : sur la notion d'intérêt général européen au sens de spécifique au système de la Convention européenne des droits de l'homme. D'autres conventions font parfois référence à d'autres textes : La Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 (ONU) : ainsi, les limites classiques concernant la liberté d'expression affirmée dans la Convention devraient logiquement s'appliquer et le fonctionnement des droits et libertés peut être calqué sur ceux d'autres textes. Une telle conclusion est en outre étayée par la référence explicite du préambule de la Convention à d'autres textes tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention relative aux droits de l'enfant. La limite d'intérêt général peut donc se déduire de la référence à d'autres textes qui la mettent explicitement en œuvre.

⁵³⁶ G. Merland, *thèse préc.*, p. 232 ; D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 11. V. aussi B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 203 à 206, p. 119 et 120.

Tous les articles dotés d'une clause d'ordre public sont concernés : les articles 8 à 11 de la Convention, ainsi que l'article 2 du quatrième Protocole additionnel. À l'inverse, l'article 3 de la Convention ne souffre aucune exception textuelle et les articles 2, 4, 5, 6 et 7 procèdent davantage à des exclusions relatives à leur champ d'application pour fixer leurs propres limites. À la différence de textes tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme ou encore la Charte canadienne des droits et libertés, la Convention européenne des droits de l'homme prévoit des limitations spécifiques à chaque droit⁵³⁷ et non pas une possibilité générale de limitation⁵³⁸ ; par conséquent « les buts légitimes ne sont pas transposables d'une liberté à l'autre »⁵³⁹. Les clauses limitatives de la Convention européenne des droits de l'homme ressemblent en cela davantage à celles que l'on peut rencontrer dans le Pacte sur les droits civils et politiques⁵⁴⁰.

105. L'énumération des buts d'intérêt général dans la genèse de la Convention.

Cependant, les choses n'ont pas toujours été ainsi⁵⁴¹. Dans la première version de la Convention, il n'était prévu qu'une clause générale ainsi rédigée : « Les droits spécifiés aux articles 1 et 2 [ici une note de bas de page précisait l'énumération des droits garantis par la Convention] ne pourront avoir comme limitation que celles conformes aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées et prescrites par la loi en vue : a) du maintien des droits légaux d'autrui ; b) de la satisfaction des justes exigences de la moralité, de l'ordre public (y compris la sécurité publique) et du bien-être général »⁵⁴². La Convention ne s'était à l'époque dotée que d'une clause commune de restriction pour tous les articles, qui n'admettait que quatre buts d'intérêt général acceptables pour limiter l'ensemble des droits et libertés : le « maintien des droits légaux d'autrui », la « moralité », l'« ordre public » qui incluait la « sécurité publique », et enfin, le « bien-être général ». Le dernier enjeu apparaît comme le plus inclusif et de nature à donner la possibilité aux États de limiter les droits et libertés pour des causes qui n'ont pas été explicitement énumérées. Cette clause générale devint l'article 6 du projet de

⁵³⁷ E. Kastanas, *thèse préc.*, p. 72 et 73.

⁵³⁸ V. W. S. Tarnopolsky, « Sources communes... », *art. préc.*, spéc. p. 70.

⁵³⁹ E. Kastanas, *thèse préc.*, p. 74.

⁵⁴⁰ V. W. S. Tarnopolsky, « Sources communes... », *art. préc.*, spéc. p. 70. V. L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 591, p. 698 et 699 : il est possible de faire référence aux *Principes de Syracuse* (issus du Conseil économique et social des Nations unies le 28 sept. 1985) sur l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, car les limites d'intérêt général se recourent.

⁵⁴¹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 129 et s., p. 78 et s.

⁵⁴² « La notion de principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées », in *Travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme – Projet de convention présenté par le Mouvement européen au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en juillet 1949*, p. 3. V. aussi B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 129 et s., p. 78 et s.

Convention, auquel l'expression « bien-être général » fut retirée durant les débats préparatoires⁵⁴³ : « Dans l'exercice des droits et dans la jouissance des libertés garantis par la Convention, chacun ne sera soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui, et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre et de la sécurité publics dans une société démocratique »⁵⁴⁴. Et d'ajouter, dans une dernière phrase, l'ancêtre de l'actuel article 18 de la Convention : « Ces droits et libertés ne pourront en aucun cas être exercés contrairement aux buts et principes du Conseil de l'Europe »⁵⁴⁵. On y trouvait en outre la formule qui devait devenir l'article 17 : « Aucune disposition de la Convention ne pourra être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés »⁵⁴⁶. Ainsi, au début des débats sur la Convention, le texte ne se présentait pas dans sa forme contemporaine, où chaque droit était énoncé dans son propre article : l'article 2 procédait à une énumération de tous les droits et libertés qui correspondaient environ aux articles 3 à 12 de l'actuelle Convention – la protection des biens n'avait à l'époque pas encore été adoptée – avec un article unique qui prévoyait la possibilité de limitations dans ces droits et libertés⁵⁴⁷. D'autres enjeux furent proposés pour remplacer le « bien-être général » : les experts de la Turquie souhaitèrent par exemple ajouter « l'unité et la solidarité nationales » comme limite acceptable aux droits et libertés fondamentaux⁵⁴⁸, aux motifs qu'il s'agissait de « tenir compte de la nécessité dans laquelle se trouve [le] pays de pouvoir se défendre contre toute activité qui risquerait de conduire à la désintégration de la nation, tant du point de vue territorial que du point de vue moral »⁵⁴⁹. Il est intéressant de noter que cet ajout par la Turquie suivit lui-même une évolution de vocabulaire, qui se retrouve d'ailleurs symétriquement dans la version anglaise des travaux préparatoires : à « l'unité et la solidarité nationales »⁵⁵⁰, furent substituées d'abord la « sécurité » – notion présente dans la version préalable de l'article – et « l'unité nationale »⁵⁵¹, puis finalement « la sécurité et l'intégrité nationale »⁵⁵². Bien que l'on saisisse le sens commun entre ces différentes expressions, la souplesse du vocabulaire peut surprendre.

⁵⁴³ *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. I, p. 179.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, vol. II, p. 135.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, vol. I, p. 171.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*, vol. II, p. 277 et 279.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, vol. III, p. 183 et 185.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, vol. III, p. 265.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, vol. III, p. 185.

⁵⁵¹ *Ibid.*, vol. III, p. 225.

⁵⁵² *Ibid.*, vol. III, p. 265.

Les représentants suédois demandèrent quant à eux l'ajout à l'article 6 du projet de « la bonne marche de l'administration et de la justice »⁵⁵³. Le comité d'experts jugea cet enjeu tout à fait acceptable « du moment qu'il s'agi[ssai]t de restrictions justifiées par des exigences de la morale et de l'ordre public »⁵⁵⁴. Il appert d'ailleurs que les deux propositions reçurent dans un premier temps un accueil favorable⁵⁵⁵. De son côté, l'expert du Luxembourg avança une formule « énonciative » et non pas « restrictive » : il proposa ainsi de remplacer l'expression « des limitations pourront être établies [...] », par « chacun *ne* sera soumis *qu'*aux limitations [...] »⁵⁵⁶. Cette modification ne fut finalement pas retenue⁵⁵⁷. Ainsi, l'article de limitation, désormais article 7 du projet, devint : « Dans l'exercice des droits et la jouissance des libertés garantis par la Convention, chacun ne sera soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public, de la sécurité et *de l'unité nationale*, ainsi que de *l'exercice de l'administration et de la justice* dans une société démocratique »⁵⁵⁸. Les États membres avaient ainsi à cœur de protéger leur marge de manœuvre à travers des enjeux d'intérêt général.

106. Deux projets de Convention. Par la suite, un autre projet beaucoup plus proche de la forme actuelle de la Convention fut présenté : les droits y étaient énoncés les uns après les autres dans les articles séparés prévoyant le cas échéant les possibilités de restrictions. Procédant de l'initiative du Royaume-Uni, cette version incarnait la crainte que les droits et libertés ne fissent pas l'objet d'une réglementation suffisamment précise⁵⁵⁹. C'est ainsi que naquit une nouvelle version de la Convention, non pas composée d'une liste de droits et libertés énumérés les uns après les autres et suivis d'une clause générale de restriction, mais d'une série d'articles plus détaillés, comprenant chacun leur propre clause de limitation⁵⁶⁰. Les débats menèrent donc à deux projets distincts de Convention, l'un comprenant une « énumération » des droits de l'homme et l'autre comprenant une « définition », l'enjeu étant principalement la précision des engagements pris par les États membres⁵⁶¹. La « variante A » prévoyait ainsi une

⁵⁵³ *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. III, p. 203.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, vol. III, p. 267.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, vol. III, p. 203.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, vol. III, p. 195 (nous soulignons).

⁵⁵⁷ *Ibid.*, vol. III, p. 203.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, vol. III, p. 225 (nous avons souligné les évolutions par rapport à la version précédente).

⁵⁵⁹ *Ibid.*, vol. III, p. 235.

⁵⁶⁰ *V. ibid.*, vol. III, la nouvelle version de la Convention est détaillée p. 287 et s.

⁵⁶¹ *Ibid.*, vol. IV, p. 19 : les « Variantes » A et B. À noter qu'il existait également des variantes A/2 et B/2 sur l'hypothèse de l'absence de création d'une Cour européenne des droits de l'homme, dont l'existence faisait également débat.

liste de droits et libertés avec un article général de limitation des droits – l'article 6 – tandis que la « variante B » comportait des droits qui chacun explicitaient les conditions de leurs limitations. Les discussions s'orientèrent dans cette direction⁵⁶², dans une tentative pour « amalgamer » les deux versions et parvenir à un compromis⁵⁶³. Après ce premier travail, les débats se poursuivirent article par article.

107. Des limitations restrictives justifiées par l'intérêt général. Finalement, la présentation « limitative » et la « formulation négative »⁵⁶⁴ l'emportèrent dans la version définitive de la Convention : les atteintes devaient être abordées de manière « restrictive »⁵⁶⁵. Cependant, le texte n'était pas dépourvu d'une certaine souplesse au profit des États : « limitatives dans leur apparence, ces énumérations n'en laissent pas moins aux autorités de chaque État un champ d'application extrêmement vaste », car « sous le couvert d'une nomenclature sélective », on trouve « les notions les plus larges et les plus extensibles du droit public »⁵⁶⁶. En effet, tous ces buts légitimes, enjeux d'intérêt général, peuvent faire l'objet d'une interprétation extensive de nature à laisser une certaine marge de manœuvre aux États : « l'énumération n'est pas loin de toucher, par la somme de ses termes, à la notion finale de l'*intérêt public* »⁵⁶⁷. C'est en ce sens que le professeur Phédon Vegleris fait remarquer que « les rédacteurs de la Convention ont cherché, par ces analyses pour ainsi dire spectrales de l'idée d'intérêt public et variant d'un droit à l'autre, [...] [à] prévoir ce que pourraient être les restrictions que chaque droit appelle par sa nature et peut subir dans l'intérêt général, plutôt que de limiter le pouvoir d'intervention des États à cet effet »⁵⁶⁸. Ainsi, plus que des « notions voisines »⁵⁶⁹ ou des « buts plus ou moins proches »⁵⁷⁰ de l'intérêt général, les différents buts légitimes énoncés par les articles porteurs d'une clause d'ordre public sont des manifestations d'enjeux constitutifs de l'intérêt général et occupent une place importante dans le texte de la Convention⁵⁷¹ – ce qui ne préjuge pas nécessairement de la place que leur donnera l'interprétation de la Convention par la Cour.

⁵⁶² Ceci ressort du *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. IV.

⁵⁶³ *Ibid.*, vol. IV, p. 259.

⁵⁶⁴ V. Coussirat-Coustère, « Article 8§2 », *art. préc.*, spéc. p. 336.

⁵⁶⁵ F. Sudre, « Les libertés protégées... », *art. préc.*, spéc. p. 26

⁵⁶⁶ P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 6, p. 226.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.*, n° 6, p. 227.

⁵⁶⁹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 89.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 88.

⁵⁷¹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 143, p. 85 : l'auteur semble voir cependant une distinction de nature entre la limite d'intérêt général et celle des droits fondamentaux d'autrui, ce que nous contestons. V. aussi B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 203 à 206, p. 119 et 120 (relève l'ambiguïté de la distinction entre intérêt général et intérêt particulier).

108. Certains enjeux d'intérêt général sont ainsi prévus à tous les articles dotés d'une clause d'ordre public (a), tandis que d'autres sont spécifiques à certaines libertés⁵⁷² (b).

a. Les enjeux communs à tous les articles : l'intérêt général incontournable

109. Tous les articles dotés d'une clause d'ordre public contiennent des enjeux ayant trait à la sécurité, à l'ordre, au respect du droit pénal, à la protection de la santé et de la morale ainsi que des droits et libertés d'autrui. Ces enjeux semblent par conséquent constituer des justifications incontournables des restrictions aux droits et libertés, dont l'importance est suffisamment indiscutable pour fonder les limitations de la plupart des prérogatives individuelles.

110. La « sécurité nationale ». Présente aux articles 8, 10, 11, 6 – plus précisément dans sa référence à « la sécurité nationale dans une société démocratique » – et à l'article 2 du quatrième protocole additionnel relatif à la liberté de circulation, la notion renvoie à la « sécurité non pas dans les affaires d'ordre local ou régional, mais au niveau de l'État, [...] autrement dit, ce motif de dérogation correspond à une menace d'une certaine dimension »⁵⁷³. On décèle ainsi dans cet enjeu d'intérêt général la protection de la sécurité à l'échelle du pays, mais également dans une optique de relations internationales. En effet, la proximité dans les articles 8, 10, 11 et 2 du quatrième Protocole des expressions « sécurité nationale » et « sûreté publique », laisse entendre que leur signification n'est pas la même : « la sécurité semble concerner les intérêts généraux de l'État, notamment contre les menaces extérieures ou la subversion, dans un sens politique, alors que la “sûreté” correspond à celle des personnes et de leurs biens »⁵⁷⁴. Par exemple, dans l'arrêt *Klass et autres*⁵⁷⁵, la Cour donne des pouvoirs de surveillance à l'État afin de lutter contre le terrorisme et l'espionnage, mais sans pour autant admettre de tels pouvoirs sans limites ni garanties⁵⁷⁶.

111. La « sûreté publique ». On trouve l'expression de « sûreté publique » aux articles 8, 10, 11 de la Convention et 2 du Protocole n° 4. L'expression similaire de « sécurité publique », présente à l'article 9, revêt une signification sans doute différente de celle de

⁵⁷² Sur l'antériorité de ce constat, v. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 455, p. 268.

⁵⁷³ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 125.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ CEDH, 6 sept. 1978, *Klass et al. c. Allemagne*, n° 5029/71 ; v. A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 126.

⁵⁷⁶ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 126.

« sécurité nationale » et « plus étroite » que la notion d'ordre public⁵⁷⁷. La « sûreté » renvoie davantage à la lutte contre les incriminations pénales arbitraires⁵⁷⁸.

112. La « défense et la protection de l'ordre ». L'expression « défense de l'ordre » est présente aux articles 8, 10 et 11. L'article 9 emploie quant à lui les termes de « protection de l'ordre ». Peut-être faut-il y voir un lien avec l'ordre « public », dans la mesure où ces articles n'emploient pas l'expression. Toutefois, l'« ordre » dépourvu de l'adjectif « public » évoque davantage l'antagoniste du désordre⁵⁷⁹. En ce sens, Monsieur Alexandre Kiss remarque qu'au regard de l'arrêt *Engel et autres*⁵⁸⁰, « le terme “ordre” figurant à l'article 10 et garantissant la liberté d'expression ne désigne pas seulement l'ordre public en général mais aussi celui devant régner à l'intérieur d'un groupe social particulier, comme les forces armées »⁵⁸¹.

113. « L'ordre public ». L'expression est tout d'abord présente dans l'article 6, comme justification des restrictions à la publicité des audiences. On la rencontre également au deuxième article du protocole n° 4 relatif à la liberté de circulation – qui parle de « maintien » et non de « protection » de l'ordre public – ainsi qu'à l'article 9 sur la liberté de conscience. Monsieur Alexandre Kiss comprend l'ordre public comme le « motif pouvant autoriser des limitations aux droits dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'État et de ses institutions »⁵⁸².

114. La « prévention des infractions pénales ». On retrouve cette limitation aux articles 8 et 2 du protocole n° 4. Il semble qu'une telle considération se trouve à mi-chemin entre un enjeu de sécurité et un enjeu de défense de l'ordre.

115. La « prévention du crime ». Présente aux articles 10 et 11, elle semble synonyme de l'expression précédente, si l'on entend le mot « crime » dans son sens courant et non pas dans son sens technique, de catégorie spécifique d'infraction en droit pénal.

116. « Morale », « morale publique » et « moralité ». Avant que chaque article susceptible de limitation ne prévoie sa propre clause d'ordre public, la Convention prévoyait un article unique portant toutes les limitations possibles. Il s'agissait de l'article 6 du projet dont le texte était rédigé ainsi : « Dans l'exercice des droits et dans la jouissance des libertés

⁵⁷⁷ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 126 : l'auteur souligne à cette occasion la parenté qui existe entre les différentes expressions de sûreté publique, sécurité publique, défense de l'ordre, prévention des infractions pénales...etc.

⁵⁷⁸ C. Lazerges, « Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme », *RSC* 2018.753.

⁵⁷⁹ P. Catala, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s., spéc. p. 511 : « L'ordre, c'est d'abord le contraire du désordre ».

⁵⁸⁰ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et al. c. Pays-Bas*, n° 5100/71.

⁵⁸¹ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 128.

⁵⁸² *Ibid.*, spéc. p. 127 et 128.

garantis par la Convention, chacun ne sera soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui, et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre et de la sécurité publics dans une société démocratique »⁵⁸³. La morale constitue ainsi l'un des enjeux d'intérêt général les plus anciens énoncés par la Convention. Les articles 8, 10, 11 et 2 du quatrième Protocole énoncent la « morale » comme but légitime. L'article 6, pour limiter la publicité des jugements, fait quant à lui référence à la « moralité ». Enfin, l'article 9 précise qu'il doit s'agir de la morale « publique ». Il est en effet logique de ne limiter les comportements relatifs à la religion et à la conscience qu'avec des considérations de morale publique. Il est toutefois plus surprenant que la précision n'apparaisse qu'à l'article 9 ; il n'est pas sûr qu'il faille voir dans l'ajout de cet adjectif un resserrement *a contrario* autour de la morale privée dans les autres articles : « il semble bien que dans tous les cas il s'agisse de morale publique, donc d'un concept ayant nécessairement une portée supérieure à la morale dont pourrait se prévaloir telle ou telle personne à titre individuel »⁵⁸⁴.

117. La « santé » et la « santé publique ». Les articles dotés d'une clause d'ordre public qui font référence à la morale mentionnent également la santé dans une proposition alternative – « la protection de la santé *ou* de la morale ». La présence de la conjonction de coordination « ou » est sans doute sans conséquence technique et semble ne viser qu'à éviter la répétition du mot « protection ». Comme pour la morale, l'article 9 fait référence à la santé « publique », ce qui n'est pas le cas des articles 8, 10, 11 de la Convention et 2 du Protocole n° 4. La juxtaposition de cet adjectif est probablement, comme précédemment pour la morale, sans conséquence.

118. La protection des droits et libertés d'autrui : une limite large. Cette limite, « perméable »⁵⁸⁵ avec l'intérêt général, constitue le seul enjeu qui présente une formulation identique dans tous les articles où il apparaît, exception faite de l'article 10 relatif à la liberté d'expression, qui fait référence plus précisément à la « réputation et aux droits d'autrui ». Elle semble assez souple pour accueillir de nombreux enjeux⁵⁸⁶. D'après les travaux préparatoires de la Convention, cet enjeu fut ajouté à l'article 8 dans un second temps à la demande du

⁵⁸³ *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. II, p. 135.

⁵⁸⁴ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », *art. préc.*, spéc. p. 128.

⁵⁸⁵ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 222, p. 161 ; sur cette limite, v. aussi *infra*, n° 724 et s.

⁵⁸⁶ P. Ducoulombier, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017.1778 ; B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 206, p. 120.

Royaume-Uni, en même temps que le « bien-être économique du pays »⁵⁸⁷. Faut-il voir en germe dans cette limite la théorie des obligations positives des États ? La référence aux « droits et libertés d'autrui » renvoie-t-elle simplement aux droits et libertés inscrits dans la Convention ou est-elle plus large⁵⁸⁸ ? D'après Monsieur Alexandre Kiss, dans l'affaire *Dudgeon*⁵⁸⁹, la Cour semble adopter une vision large qui ne se limite pas seulement aux droits et libertés prévus par la Convention⁵⁹⁰. Si tel est le cas, cette limite pourrait ouvrir un champ de limitations susceptible de contourner la liste exhaustive de buts légitimes admis par le texte⁵⁹¹. Quoiqu'il en soit, le gouvernement britannique avait justifié sa volonté d'introduire une telle exception par la nécessité de prévoir « les règles selon lesquelles une des parties à une action civile peut être contrainte de donner communication de ses pièces à l'autre partie »⁵⁹². Une telle démarche s'inscrivait donc dans une logique initialement très procédurale de protection des droits et libertés, aujourd'hui dépassée par l'interprétation de la Cour⁵⁹³.

b. Les enjeux spécifiques à certains articles : l'intérêt général spécifique

119. Certains articles admettent des limitations pour des buts légitimes spécifiques, qu'on ne retrouve dans aucun autre article. Le caractère variable des enjeux d'intérêt général permettant les limitations semble illustrer tantôt une volonté, dans certains cas, de restreindre au maximum les entraves étatiques, tantôt, au contraire, d'étendre les possibilités de restrictions. L'article 10 relatif à la liberté d'expression en comporte ainsi plusieurs (α) ; l'article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale (β), l'article 2 du Protocole n° 4 relatif la liberté de circulation (γ) et l'article 11 relatif à la liberté d'association (δ) en comprennent chacun un.

α . Les enjeux spécifiques de limitation de l'article 10

120. Les enjeux de l'article 10 de la Convention : une liste plus étendue pour des possibilités de limitations plus restreintes. Il convient tout d'abord de constater que l'article 10, relatif à la liberté d'expression, écarte des limitations admises par d'autres

⁵⁸⁷ *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., vol. V, p. 69.

⁵⁸⁸ Cette question est également formulée par A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », art. préc., spéc. p. 130.

⁵⁸⁹ CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76.

⁵⁹⁰ A. Kiss, « Les clauses de limitation et de dérogation... », art. préc., spéc. p. 130.

⁵⁹¹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 206, p. 120 : évoque la possibilité de protéger l'intérêt général à travers les intérêts particuliers.

⁵⁹² *Recueil des travaux préparatoires...*, op. cit., vol. V, p. 67.

⁵⁹³ Sur cette limite comme mettant en scène des conflits de droits, v. not. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 79 et s., p. 46 et s.

articles⁵⁹⁴. En outre, l'article comprend davantage de « buts légitimes » que les autres : neuf sont énumérés par le texte, contre huit pour l'article 8, cinq pour l'article 9 et sept pour l'article 11. Toutefois, cette liste plus longue pourrait dissimuler en réalité une capacité de restriction moins étendue : en effet, une énumération plus précise laisse moins de marge de manœuvre aux autorités étatiques. Où l'on voit un indice de l'importance que la liberté d'expression revêt dans l'esprit de la Convention⁵⁹⁵.

121. « L'intégrité territoriale » à l'article 10. Il s'agit de l'unique occurrence de cet enjeu dans la Convention⁵⁹⁶. La gravité de l'enjeu fournit un indice quant à l'importance que la Convention entend donner à cette liberté, ce qui fait écho à la jurisprudence de la Cour sur ce sujet : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de [la société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »⁵⁹⁷. La Cour conçoit en effet la liberté d'expression comme l'une des conditions de la société démocratique et donc de l'exercice des autres libertés. On remarque à cette occasion que l'intégrité territoriale semble se distinguer de la « sécurité nationale », les deux enjeux étant cités côte à côte dans l'article.

122. L'objectif d'« empêcher la divulgation d'informations confidentielles » à l'article 10. Il s'agit ici encore d'une limite extrêmement précise, révélatrice de la volonté d'encadrer strictement les restrictions. La précision de l'enjeu atteste une fois de plus la faible marge de manœuvre étatique pour cantonner cette liberté.

123. L'objectif de « garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » à l'article 10. De même, l'article 10 est le seul qui admet une telle limite liée à l'impartialité et à l'autorité du pouvoir judiciaire. Cette limite précise ainsi que la gravité de l'enjeu fait ici encore écho à la volonté de ne pas restreindre outre mesure la liberté d'expression. L'idée est probablement de limiter l'influence médiatique sur la fonction du juge.

β. Le bien-être économique à l'article 8

124. Le bien-être économique du pays : une particularité de l'article 8. Cet enjeu ne se rencontre qu'à l'article 8. D'après les travaux préparatoires, il fut ajouté dans un second

⁵⁹⁴ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, p. 469 et 470.

⁵⁹⁵ V. *infra*, n° 755 et s.

⁵⁹⁶ L'« intégrité territoriale » est présente uniquement à l'article 10 de la Convention et son utilisation est rare en jurisprudence. Il convient toutefois de signaler l'arrêt CEDH, 2 oct. 2008, Leroy c. France, n° 36109/03, §40 : il était question d'une condamnation pour une publication considérée comme constitutive d'apologie du terrorisme quelques jours après les attentats du *World Trade Center* le 11 septembre 2001. La Cour évoque l'enjeu qui pourtant n'avait pas été avancé par le Gouvernement, qui s'était quant à lui référé à la sûreté publique et à la prévention des infractions pénales.

⁵⁹⁷ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, §49.

temps, à la demande du Royaume-Uni, en même temps que l'enjeu de protection des droits et libertés d'autrui⁵⁹⁸. Il est intéressant de noter que le droit à la vie privée et familiale est le seul droit de la Convention qui peut valablement céder devant des considérations économiques. Les raisons de cette introduction dans l'article 8 tenaient à la nécessité, selon le gouvernement britannique, de prévoir la consultation des correspondances pouvant contenir « des devises que l'on cherche à exporter en infraction à la réglementation sur le contrôle des changes »⁵⁹⁹ ; il s'agit donc d'une hypothèse très précise qui s'approche finalement de la prévention des infractions pénales. Toutefois, à l'inverse de l'article 10, il s'agit sans doute d'une augmentation de la marge de manœuvre des États par l'adjonction d'une hypothèse de restriction.

γ. L'intérêt public et la liberté de circulation

125. L'« intérêt public » de l'article 2 du quatrième Protocole. L'expression est présente au quatrième paragraphe de l'article qui prévoit des restrictions spécifiques à la liberté de circulation, avec un enjeu d'intérêt général large et peu défini – « l'intérêt public » – compensé par une restriction spatiale – « dans certaines zones déterminées »⁶⁰⁰ – qui permet tout de même de limiter l'action étatique.

δ. La limite ratione personae de la liberté d'association

126. Les restrictions liées à une fonction : une précision particulière liée à certains corps de l'État dans l'article 11. De manière originale, la dernière phrase de l'article 11 de la Convention – « le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État » – autorise des restrictions à la liberté d'association de certaines personnes désignées⁶⁰¹ en raison de leur appartenance à certains corps de l'État. Il s'agit de l'unique limitation *ratione personae* des différentes clauses d'ordre public, davantage relative au champ d'application de l'article. L'enjeu d'intérêt général se situe sans doute implicitement dans les fonctions visées qui justifient des restrictions de liberté, à l'image de certaines interdictions liées au droit de grève ou à la constitution de syndicats pour certains fonctionnaires et agents de l'État en droit interne⁶⁰².

⁵⁹⁸ *Recueil des travaux préparatoires...*, *op. cit.*, vol. V, p. 69.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ P. Vegleris, « Valeur et signification... », *art. préc.*, n° 6, p. 226.

⁶⁰¹ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, p. 547.

⁶⁰² L. Gay, « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés "particulières" ? », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 45, oct. 2014.

127. Conclusion de la section. Ainsi, la plupart des textes consacrant les droits fondamentaux énoncent deux catégories de droits. La première est celle des droits intangibles qui ne peuvent en aucun cas être restreints, quelles que soient les circonstances ; la seconde est celle des droits qui admettent des restrictions⁶⁰³. Certaines de ces dernières sont liées à une présence implicite de l'intérêt général. D'autres donnent à voir un intérêt général formel, c'est-à-dire sans contenu déterminé, exprimé par l'utilisation de l'expression « intérêt général » ou par une référence à la notion ou à la norme susceptible de l'incarner, et qui laisse à première vue une plus grande liberté quant aux justifications de limitations. D'autres encore intègrent des limites au moyen d'une approche substantielle de l'intérêt général : les enjeux justifiant les restrictions sont énoncés dans le texte, encadrant ainsi la faculté d'en limiter l'exercice. Un mécanisme réalise la synthèse de ces deux aspects de l'intérêt général : il s'agit de la clause d'ordre public, élément technique incontournable de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce des critères et une méthode de contrôle de la conformité des restrictions. Lorsque cette clause est spécifique à chaque article, comme c'est le cas dans la Convention européenne, des variations dans l'énumération des buts d'intérêt général légitimes invocables peuvent constituer des indices quant au degré d'importance de la liberté considérée.

128. La présence systématique de la limite d'intérêt général dans les textes porteurs de droits fondamentaux pousse à analyser son rôle dans les différentes formes que prennent les droits et libertés, et à rechercher ses différentes fonctions en tant que limite aux droits fondamentaux.

SECTION 2 : LES DIFFÉRENTES FONCTIONS DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

129. L'intérêt général constitue la limite de tous les droits et libertés fondamentaux et ce, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent. En effet, si certains droits supposent une abstention de l'État pour leur exercice⁶⁰⁴, d'autres requièrent au contraire une action positive du pouvoir pour leur mise en œuvre⁶⁰⁵. Ces derniers n'expriment jamais dans leur texte la limite d'intérêt général. Cependant, cette dernière est présente de manière implicite (§1).

⁶⁰³ Certaines Conventions ne contiennent que ce type de droit : c'est le cas de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants, signée le 26 novembre 1987 (Conseil de l'Europe) ou encore la Convention sur la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (ONU), v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 120, p. 91.

⁶⁰⁴ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 25, p. 35.

⁶⁰⁵ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 118.

130. Par ailleurs, l'analyse des textes révèle que l'expression ne renvoie pas toujours à la même fonction : d'objectif poursuivi par la loi, l'intérêt général peut devenir un standard, dans les textes de droits fondamentaux (§2).

§1. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, LIMITE DE TOUS LES DROITS FONDAMENTAUX

131. La catégorie des droits fondamentaux est marquée par son « hétérogénéité »⁶⁰⁶ : elle « recouvr[e] des aspirations, couvr[e] des domaines et exprim[e] des revendications parfois fort différentes, formant en définitive un ensemble dont l'unité catégorielle peut se révéler fragile »⁶⁰⁷. Les droits fondamentaux constituent un ensemble disparate de prérogatives aux structures diverses. Pourtant, malgré leur diversité, l'intérêt général est susceptible de limiter l'ensemble de ce qu'on appelle les droits fondamentaux, et ce quelle que soit leur catégorie.

132. La présentation des droits fondamentaux en « générations ». Pour tenter de saisir et de classer les droits fondamentaux, certains proposent de les répartir en différentes générations qui reflètent les soubassements philosophiques de leur édicition⁶⁰⁸. Cette présentation, « classique »⁶⁰⁹ mais contestée⁶¹⁰, invite à distinguer les droits et libertés en quatre grandes catégories, les « générations ». Les droits de la première génération sont des « droits de faire quelque chose »⁶¹¹ : on les trouve en particulier dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que dans les grandes lois de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle – relatives à la liberté de la presse, par exemple. Les droits de la deuxième génération apparaissent ensuite : de coloration plus « sociale », ils sont également appelés parfois « droits-créance » ou « droits à » ; cette catégorie est notamment illustrée par le Préambule de la Constitution de 1946⁶¹². Plus récemment encore, les droits fondamentaux de la troisième

⁶⁰⁶ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 23, p. 34.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ J. Rivero, *Les libertés publiques – I. Les droits de l'homme*, PUF, Thémis droit, 1978, p. 116 et 117. Nous n'exposerons pas ici les termes du débat des différents mouvements politiques auxquels sont susceptibles d'appartenir chacune de ces catégories de droits, ni les oppositions parfois considérées « irréconciliables » (v. J.-J. Sueur, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 129 et s., spéc. p. 144) qu'ils peuvent rencontrer. L'idée générale est qu'en garantissant des droits-créances pour les uns, dans une logique « socialisante », l'État risque de restreindre la liberté – au sens plus « libéral » – des autres (v. J.-J. Sueur, « Régénération... », *art. préc.*, spéc. p. 144).

⁶⁰⁹ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 24, p. 34 et 35.

⁶¹⁰ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 169 et s., spéc. p. 183.

⁶¹¹ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 381, p. 118.

⁶¹² *Ibid.*

génération, consacrant des prérogatives telles que le droit à l'environnement ou à la paix, consacrerent des droits liés à la « qualité de la condition humaine »⁶¹³.

133. Générations et déclarations de droits fondamentaux. Le classement des droits fondamentaux en générations est purement chronologique. Chaque déclaration successive reprend les droits des générations qui l'ont précédé. Il n'est donc pas possible de superposer parfaitement chaque déclaration avec une nouvelle génération de droits⁶¹⁴ ; il faut bien plutôt considérer que, dans les déclarations, chaque génération de droits s'ajoute à la précédente. Ainsi, parmi les déclarations les plus récentes, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore la Convention de New York rassemblent des droits des trois premières générations⁶¹⁵. De même, des textes à coloration très « sociale », tels que le Préambule de la Constitution de 1946, peuvent comporter des droits-libertés, tels que le droit de grève⁶¹⁶.

134. Des générations de droits fondamentaux à la distinction entre les droits « d'agir » et les droits « d'obtenir ». La distinction en générations de droits fondamentaux n'est finalement que chronologique⁶¹⁷. Du point de vue de l'intérêt général, il vaut mieux distinguer les droits « d'agir »⁶¹⁸ de ceux « d'obtenir »⁶¹⁹. Bien que cette dichotomie soit à nuancer, les droits « d'agir » se rattachent en majorité à la première génération⁶²⁰, tandis que

⁶¹³ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 118. Nous n'évoquerons pas la quatrième génération, dont l'existence est controversée (H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, coll. « Manuel », 8^e éd., 2021, n° 29). Selon certains, elle serait constituée par les droits dits « opposables », tels que le droit au logement (D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 118.). Pour d'autres, elle rassemblerait les droits liés aux progrès scientifiques et technologiques ou « *Habeus data* », ainsi que les droits énoncés contre les dérives éventuelles des progrès biologiques et médicaux (L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, 8^e éd., n° 27, p. 37 ; H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales, op. cit.*, n° 29). La résolution de cette contradiction ne sert pas notre propos.

⁶¹⁴ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 183.

⁶¹⁵ Sur ce point, v. C. Chabert, « Applicabilité directe et réception de la Convention de New-York », in *La Convention de New-York sur les droits de l'enfant – Vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, A. Leborgne, E. Putman et V. Egéa (dir.), PUAM, 2012, p. 9 et s.

⁶¹⁶ M. Lacombe, A. Potteau, X. Vandendriessche et C. de Gaudemont, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux – Annoté et commenté en ligne*, Dalloz, 10^e éd., 2021, commentaire de l'alinéa 6 du préambule de la Constitution de 1946 ; v. également N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 287, préf. M. Gobert, 1997, n° 23, p. 20 : l'auteur présente le droit de grève énoncé par le préambule de la Constitution comme un droit « en conflit avec l'intérêt général » ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 67 et s ; v. également, sur cette présentation en tant que « réserve de la loi » : J. Tremeau, *La réserve de la loi, op. cit.*, p. 258 et s., sur l'introduction dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel au sujet du droit de grève.

⁶¹⁷ Elle est d'ailleurs aujourd'hui très discutée, surtout avec l'apparition des obligations positives : L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 36.

⁶¹⁸ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 183 ; D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 117.

⁶¹⁹ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 118 ; L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, 8^e éd., n° 25, p. 35.

⁶²⁰ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 183 ; D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 117.

ceux « d'obtenir » concernent davantage les générations suivantes⁶²¹. Bien que l'intérêt général constitue la limite tant des droits « d'agir »⁶²² (A) que de ceux « d'obtenir »⁶²³ (B), il n'est jamais exprimé dans le texte de ces derniers ; sa présence n'y est qu'implicite.

A. L'intérêt général, limite exprimée des droits d'agir

135. Les droits d'agir : la mise en œuvre par l'abstention et la limitation par l'action étatique. Les droits d'agir constituent l'illustration la plus éclatante de la « dialectique classique »⁶²⁴ de limitation par l'intérêt général. Ils sont présents en grande majorité parmi les droits de la première génération et sont exprimés dans tous les textes porteurs de droits et libertés fondamentaux : ils comprennent principalement les libertés d'expression, d'association et de rassemblement, de conscience et d'aller et de venir⁶²⁵. Le principe d'égalité semble avoir à ce titre un statut mixte entre un droit d'agir et un droit d'obtenir ; tout dépend du domaine considéré. Les droits d'action concernent « l'individu » à titre principal, bien que « certaines libertés, comme celle de réunion s'exercent en commun »⁶²⁶. Ils octroient à leur bénéficiaire une « faculté d'agir »⁶²⁷ ; ils constituent des droits « de faire quelque chose »⁶²⁸. Exprimés le plus souvent sous la forme de libertés dont l'exercice est possible par « l'abstention » des pouvoirs publics⁶²⁹, ils donnent pleinement à l'intérêt général son rôle de limite. Dans une telle configuration, l'individu est *agissant* et les institutions doivent se garder d'intervenir, si ce n'est pour garantir l'exercice de la liberté ou pour la limiter légitimement.

136. Intérêt général et droits de la première génération. Dans le cas des droits et libertés « d'action »⁶³⁰, l'intérêt général, qui s'exprime dans la loi, restreint directement les droits et libertés fondamentaux. C'est l'articulation que manifeste par exemple l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : les « bornes » de la liberté « ne peuvent être déterminées que par la Loi ». Les droits d'agir constituent ainsi l'illustration topique de la

⁶²¹ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 118.

⁶²² *Ibid.*, n° 381, p. 117.

⁶²³ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 36 ; D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 118.

⁶²⁴ F. Sudre *et al.*, *Droit européen..., op. cit.*, n° 129, p. 199.

⁶²⁵ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 36.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 117 : l'auteur définit les droits de la première génération comme des droits « de faire quelque chose ».

⁶²⁹ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 36.

⁶³⁰ *Ibid.*

« dialectique classique »⁶³¹ qui unit l'intérêt général et les droits fondamentaux. Leur mise en œuvre s'incarne doublement dans l'action individuelle et dans l'abstention étatique⁶³².

137. Une limite d'intérêt général explicite. Dans les droits d'agir, la limite d'intérêt général est très souvent exprimée par le texte, pour chaque droit, ou à travers une clause générale valable pour tous. En effet, le texte indique par cette formulation que la mise en œuvre des droits se fait par l'abstention étatique et limite les capacités de restriction aux situations justifiées par l'intérêt général. À l'inverse, pour les droits d'obtenir, qui impliquent une action positive de l'État pour leur mise en œuvre, la limite d'intérêt général est implicite dans les textes.

B. L'intérêt général, limite implicite des droits d'obtenir

138. Les droits d'obtenir : mise en œuvre et limite combinées. Les droits et libertés « d'obtenir »⁶³³ ont la caractéristique de pouvoir revêtir avec une déconcertante facilité les rôles de droit ou de liberté, tout autant que d'objectifs de politique publique à atteindre pour les États⁶³⁴. Ils sont principalement issus des deuxième et troisième générations⁶³⁵ ; on parle d'une part de « droits-créances » pour les prérogatives économiques et sociales⁶³⁶, et d'autre part des droits dits « de solidarité »⁶³⁷. Souvent rassemblés dans l'ensemble des « droits à », ils constituent davantage des guides pour l'édiction de règles protectrices que des libertés exercées par les individus⁶³⁸. Cependant, les premières déclarations de droits fondamentaux contenaient également des droits d'obtenir de l'État, en particulier dans le contexte des garanties de la procédure pénale⁶³⁹. Ces droits « d'obtenir » n'expriment jamais la possibilité d'être limités par l'intérêt général, en raison de leur mécanisme de mise en œuvre : comme ils nécessitent une

⁶³¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 199.

⁶³² D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 381, p. 117 ; L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 26, p. 36.

⁶³³ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 381, p. 118.

⁶³⁴ L. Gay, « La notion de “droits-créances” à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cah. Cons. const.*, n° 16, juin 2004 ; M. Pichard, *Le droit à – Étude de législation française*, préf. M. Gobert, Economica, 2006, n° 84, p. 111 : « les *droits à* sont de “faux” *droits à*, au sens où ils ne sont que le masque rhétorique de discours [...] ». V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 181, p. 238.

⁶³⁵ L'existence de la quatrième génération étant contestée, v. *infra*, n° 140.

⁶³⁶ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 35.

⁶³⁷ *Ibid.*, n° 27, p. 36.

⁶³⁸ M. Pichard, *thèse préc.*, n° 85 et s., p. 112 et s. : « le *droit à* contre un interdit, masque de la liberté ». Sur leur caractère politique, v. D. Roman, « Les droits sociaux, entre “injusticiabilité” et “conditionnalité” : éléments pour une comparaison », *RIDC* 2009.285, spéc. p. 290 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 181, p. 238.

⁶³⁹ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 183, considère que ces droits permettent une relativisation de la distinction entre les « droits-libertés » et les « droits-créances ».

action positive de l'État pour leur exercice, ils ne prévoient pas explicitement la limitation d'intérêt général, qui se fait souvent par le mouvement même du texte de leur édicition.

139. Les droits d'obtenir de la première génération : les droits de la procédure pénale. La « contradiction » générationnelle « entre les libertés et les créances », n'est pas si évidente que cela⁶⁴⁰. Certains droits de la première génération, présents en particulier dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ressemblent à des droits « d'obtenir »⁶⁴¹ et semblent « relativiser » la dichotomie stricte établie entre les droits « d'agir » – comme étant issus de la première génération – et les droits « d'obtenir » – en tant que droits de la deuxième génération⁶⁴². Il s'agit principalement des droits liés aux garanties de la procédure pénale : la présomption d'innocence, la légalité des peines et l'interdiction de l'emprisonnement sans juge⁶⁴³. Ils supposent un bénéficiaire qui n'exerce pas à proprement parler de droits et libertés mais profite de garanties qui lui sont dues par l'État, un peu comme les droits-créances et les droits de solidarité⁶⁴⁴. Prévus pour le contexte très particulier de la mise en œuvre de la répression, ils impliquent une action de l'État permettant au sujet l'obtention des garanties⁶⁴⁵, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler de véritables prestations comme pour les droits sociaux. D'ailleurs, l'idée de droits à coloration plus sociale existait déjà au XVIII^e siècle⁶⁴⁶ : de nombreux projets de déclarations prévoyaient notamment des « droits de secours », que ce soit dans les cahiers de Doléances présentés lors des États généraux⁶⁴⁷, ou dans les projets de

⁶⁴⁰ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 172.

⁶⁴¹ *Contra, ibid.*, spéc. p. 183, considère que ces droits permettent une relativisation de la distinction entre les « droits-libertés » et les « droits-créances ».

⁶⁴² *Ibid.*

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ *Contra, ibid.*

⁶⁴⁵ *Contra, ibid.*

⁶⁴⁶ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 35, situe la première consécration officielle dans la Déclaration de 1793.

⁶⁴⁷ L. Jaume, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 81 : « Art. 3. Tous les hommes ont le droit d'exiger la réciprocité de celui qui réclame leurs secours, s'il est dans l'état de puissance, de force et de santé, et sont juge alors des conditions de cette réciprocité. Art. 4. Tout homme dans l'état d'enfance, impuissance, caducité, infirmité, a droit à des secours gratuits de la part des autres hommes ; car il n'y a pas un d'entre eux qui n'ait à payer, à cet égard, une dette qui dure autant que sa vie, puisqu'il n'y en a point qui ne doive la vie à une multitude de secours gratuits qu'il a reçus au moins dans son enfance ». V. aussi F. Rangeon, « Droits-libertés et droits créances... », *art. préc.*, spéc. p. 174.

déclarations⁶⁴⁸. L'esprit de la Déclaration de 1789 témoigne ainsi d'un véritable choix politique en excluant cette dernière catégorie⁶⁴⁹.

140. Les droits d'obtenir de deuxième génération : les « droits-créances ».

Rattachés à des « droits sociaux et économiques »⁶⁵⁰, ils s'illustrent avec éclat dans le Préambule de la Constitution de 1946⁶⁵¹, mais également dans des déclarations plus récentes : la Convention de New York relative aux droits de l'enfant prévoit le droit « à la santé », à l'article 24, le « droit à un niveau de vie suffisant » à l'article 27, ou encore le « droit à l'éducation » à l'article 28⁶⁵². Bien que « reconnus à tous », les droits et libertés s'adressent le plus souvent aux « membres de catégories déterminées par des critères en rapport avec le système de production ou en fonction d'une situation sociale »⁶⁵³, autrement dit à « l'homme situé »⁶⁵⁴. L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 énonce par exemple que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs »⁶⁵⁵ : dans cette formulation, trois catégories de personnes, destinataires d'une protection particulière, sont ainsi identifiées. Aucun de ces droits ne prévoit expressément de limite d'intérêt général⁶⁵⁶.

⁶⁴⁸ V. par ex : « Texte n° 17 – Condorcet : Projet de Déclaration des droits civils et politiques des hommes, 15 février 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, op. cit., p. 242 : « Art. 24. Les secours publics sont une dette sacrée de la société ; et c'est à la loi à en déterminer l'étendue et l'application » ; « Texte n° 19 – Harmand : Opinion du 17 avril 1793 », in L. Jaume, *Les déclarations...*, op. cit., p. 253 : « Art. 23. L'instruction publique et les secours sont une dette sacrée de la société, et chaque citoyen qui en a besoin y a un droit égal » ; F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », art. préc., spéc. p. 174.

⁶⁴⁹ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », art. préc., spéc. p. 170.

⁶⁵⁰ G.-J. Guglielmi, « Débattre d'un...et écrire le...préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. Recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 51 et s., spéc. p. 57 ; sur les ressorts politiques de l'apparition de ces droits, v. M. Pichard, *thèse préc.*, p. 47 et s. Pour un autre exemple de convention sur ce sujet : Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, sur ce point (ONU), v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 116, p. 89 ou encore la convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail (ONU) qui exige que les bénéficiaires des droits énoncés « respectent la légalité » (article 8§1). La Charte sociale européenne (Conseil de l'Europe, appliquée par la Cour de cassation : Soc., 4 nov. 2020, 18-24.887 dont le visa se réfère à la Charte à travers sa mention à l'article 151 du TFUE) est en outre considérée comme « le pendant social » de la Convention européenne des droits de l'homme (X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., n° 127, p. 94).

⁶⁵¹ L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., 8^e éd., n° 26, p. 35.

⁶⁵² Nous soulignons.

⁶⁵³ L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., 8^e éd., n° 27, p. 36.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, les auteurs reprennent ici l'expression de G. Burdeau, *La démocratie. Essai synthétique*, Bruxelles, 1956, p. 19.

⁶⁵⁵ Nous soulignons.

⁶⁵⁶ Certains auteurs considèrent que les droits de la quatrième génération sont les droits dits « opposables », c'est-à-dire « dont l'État est le garant et dont la satisfaction concrète peut être obtenue devant des autorités spéciales ou les tribunaux », qui ressembleraient fortement aux droits de la deuxième génération (D. Truchet, *Droit administratif*, op. cit., n° 381, p. 118). L'exemple-type est celui du droit au logement. Que l'on admette ou non leur existence et la catégorie qu'ils rassemblent, ils semblent largement rattachés aux « droits à », devant être mis en œuvre par la loi et qui supposent une action étatique. Là encore, il n'y a pas de référence à une quelconque limite d'intérêt général.

141. Les droits d'obtenir de la troisième génération : les droits de solidarité. Issus de déclarations de la seconde moitié du XX^e siècle et à visée internationale, les droits de la troisième génération, dits de « solidarité »⁶⁵⁷, ressemblent aux « droits-créances » en ce que ce sont des « droits à » : par exemple, le droit à l'environnement, le droit à la paix ou encore le droit au développement⁶⁵⁸. L'identité du débiteur – « l'humanité » dans son ensemble ou « chaque individu »⁶⁵⁹ – est toutefois tout aussi incertaine que celle du créancier, qui pourrait être à la fois la « la puissance publique [...] étatique ou supra-étatique » et chaque citoyen dans une logique de responsabilité collective⁶⁶⁰. Cette génération se distingue principalement de la précédente par son objet, plus que par son mécanisme. La troisième génération porte des droits, souvent insérés dans des conventions internationales, dont la garantie n'a pas vocation à se limiter à une zone géographique déterminée ; elle leur donne au contraire vocation à être étendus à l'échelle mondiale⁶⁶¹. Leur visée temporelle est également large puisqu'elle se préoccupe des générations futures⁶⁶². Ils constituent le plus souvent des « normes proclamatoires »⁶⁶³, sans réelle portée normative, ce que certains déplorent⁶⁶⁴. Ainsi, plus que des libertés, les « droits » de la troisième génération jouent un rôle de limite de la liberté au sens classique du terme : si par exemple on met en œuvre le « droit à l'environnement, au sens de lutte contre le réchauffement climatique, cela reviendra sans doute à limiter la liberté d'entreprendre ou encore la liberté d'aller et de venir⁶⁶⁵. Certains en viennent à douter du rattachement de ces droits d'obtenir aux « techniques de protection propres aux droits de l'homme », tant leur fonctionnement s'éloigne de la logique de la première génération⁶⁶⁶. C'est pourquoi leur édicition ne comporte pas de limite d'intérêt général.

142. Caractéristiques des droits d'obtenir par rapport aux droits d'agir. Les droits d'obtenir ne « supposent » plus, comme les droits d'agir « une abstention », mais au contraire « une intervention de la puissance publique »⁶⁶⁷. Ils constituent les premières

⁶⁵⁷ L. Favoreu *et al.*, *Droits des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 27, p. 37.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ Ce qui rend leur exécution forcée délicate.

⁶⁶² *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 287.

⁶⁶³ D. Rousseau, « Les droits de l'homme de la troisième génération », *RIEJ* 1987/2, vol. 19, p. 19 et s., n° 12.

⁶⁶⁴ *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 288.

⁶⁶⁵ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 1983, p. 13 : « Optez au contraire pour le droit au travail, à la santé et au loisir et à la culture, ils paraîtront difficiles à réaliser sans rogner sur le droit de grève et les libertés. [...] Chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme, et pratiqué séparément est générateur d'injustices ».

⁶⁶⁶ P. Wachsmann, *Libertés publiques*, *op. cit.*, n° 72, p. 61.

⁶⁶⁷ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 36. Sur le fait qu'ils supposent d'ailleurs la « prospérité de l'État », v. P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 43, p. 73.

manifestations du passage des « droits *de* » aux « droits *à* »⁶⁶⁸ ; de droits d’agir aux droits de recevoir⁶⁶⁹. Ils s’inscrivent en réalité dans un certain contexte caractéristique de l’époque de leur édicton, sans doute plus sensible aux problématiques sociales⁶⁷⁰. L’une des principales différences entre les droits d’agir et les droits d’obtenir est le rôle du sujet dans leur exercice⁶⁷¹ : « les droits-créances donneraient à leurs détenteurs la faculté d’exiger – ou du moins de réclamer – de l’État la fourniture d’une prestation », tandis que « les droits-libertés seraient des capacités appartenant en propre à l’individu et dont l’exercice est garanti par le droit »⁶⁷². Dans le premier cas, le droit donne un pouvoir d’action, il s’agit d’un droit de « faire quelque chose »⁶⁷³, d’un droit actif octroyé à un sujet *agissant*, qui s’illustre dans la dualité entre les « droits du citoyen qui sont des *pouvoirs* » et les droits de l’homme qui sont des « libertés »⁶⁷⁴. À l’inverse, le « droit à » est un droit de recevoir quelque chose, d’être bénéficiaire d’une prestation ou d’une garantie⁶⁷⁵. L’expression de « droit-créance » est transparente sur ce point : il s’agit d’un droit à « obtenir quelque chose de l’État »⁶⁷⁶, souvent par l’intermédiaire d’un service public⁶⁷⁷. Si le « droit-liberté » préexiste à la loi et à l’encadrement de son exercice – il n’est d’ailleurs pas fortuit que le préambule de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen qualifie ces droits de « naturels »⁶⁷⁸ – le « droit-créance », ne peut être institué que par la loi et ne saurait lui préexister. C’est en ce sens que ces droits fondamentaux apparaissent plus « passifs »⁶⁷⁹.

⁶⁶⁸ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 35 ; v. aussi, M. Pichard, *thèse préc.*

⁶⁶⁹ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 169 et 170.

⁶⁷⁰ V. J. Chevallier, « Essai d’analyse... », *art. préc.*, spéc. p. 21, qui évoque l’importance du contexte ; F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 170.

⁶⁷¹ La distinction est ici différente de celle qui a pu être présentée par l’Abbé Sieyès dans « Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen – Lu les 20 et 21 juillet 1789 au Comité de Constitution par M. l’Abbé Sieyès », in C. Fauré, *Les déclarations...*, *op. cit.*, p. 91 et 107, spéc. p. 101 : « Nous n’avons exposé jusqu’à présent que les *droits naturels et civils* des citoyens. Il nous reste à reconnaître les droits *politiques*. La différence entre ces deux sortes de droits consiste en ce que les droits naturels et civils sont ceux *pour* le maintien et le développement desquels la société se forme. Il vaut mieux, pour la clarté du langage, appeler les premiers, droits *passifs* et les seconds, droits *actifs* ».

⁶⁷² F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 170 ; v. également J. Rivero, *Les libertés publiques...*, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁷³ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 381, p. 118.

⁶⁷⁴ J. Rivero, *Les libertés publiques...*, *op. cit.*, p. 60.

⁶⁷⁵ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 381, p. 118.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ J. Rivero, *Les libertés publiques...*, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁷⁸ G. Merland, *thèse préc.*, p. 30.

⁶⁷⁹ Par opposition aux droits « d’autonomie », F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 181, ou encore J. Chevallier, « Essai d’analyse... », *art. préc.*, spéc. p. 15 : « à la vision traditionnelle de “droits-libertés” servant de rempart face à l’État et utilisés comme cran d’arrêt pour éviter une extension démesurée de la sphère publique, fait place la conception nouvelle de “droits-créances”, supposant pour leur réalisation des actions positives de la part de l’État ».

143. Droits d'obtenir : mise en œuvre. Si les droits d'obtenir peuvent être limités par l'intérêt général comme les droits d'agir, leur mise en œuvre entretient une relation différente avec l'intérêt général. Ils impliquent une action du pouvoir : « ils revêtent le plus souvent la forme de normes “programmatives”, définissant avant tout une obligation générale de l'État traduite en objectifs d'action »⁶⁸⁰. Ainsi, ils constituent davantage des objectifs à atteindre que des libertés à exercer⁶⁸¹. En outre, les droits les plus récents semblent constituer tout autant une liste de droits qu'un ensemble de devoirs pour les citoyens : à la différence des droits de la deuxième génération, ils n'impliquent pas seulement une action des pouvoirs publics, mais également une responsabilité collective et une action citoyenne⁶⁸². C'est en ce sens qu'ils furent comparés à des droits éventuels⁶⁸³, soit des droits « encore imparfait[s], en formation et qui ne réunissent pas toutes les composantes nécessaires à son existence, [leur] perfection même dépendant d'éléments non seulement futurs mais incertains »⁶⁸⁴, mais aussi « d'une personne ou autorité avec laquelle le bénéficiaire du droit entretient des relations »⁶⁸⁵. Les droits d'obtenir nécessitent « leur mise en œuvre effective par la création de régimes juridiques ou d'institutions leur donnant une portée concrète »⁶⁸⁶ ; ils ne sont plus des droits « contre » mais des droits « sur » l'État⁶⁸⁷. Le droit d'obtenir n'existe que par la loi⁶⁸⁸. L'intérêt

⁶⁸⁰ L. Favoreu *et al.*, *Droits des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 27, p. 37.

⁶⁸¹ M. Pichard, *thèse préc.*, p. 73 et s. : le « droit à » renvoie davantage à un « objectif poursuivi » (n° 59). D. Rousseau, « Les droits de l'homme... », *art. préc.*, n° 19, l'auteur parle en particulier de « l'effet de contrainte du discours juridique ». Sur les droits environnementaux comme limites au droit de propriété v. N. Hutten, *La protection de l'environnement dans la Constitution française*, 2011, dir. L. Fonbaustier, thèse dactyl. Paris I, p. 180 et s. V. aussi sur les droits sous formes d'objectifs dans les lois : E. Putman et C. Prieto, « Typologie matérielle et formelle des formulations d'objectifs dans les textes législatifs », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, RRJ 1984.879, spéc. p. 885 et 886 ; l'objectif comme « mode d'emploi de la loi » ; p. 887 : la « justification » de la loi ; p. 892 et 893 : sous la forme de l'énoncé d'un droit, comme « formulation indirecte ». Sur l'importance des objectifs dans les lois de programmation et d'orientation, mais aussi dans les lois ordinaires où ils ont une forte valeur « d'affichage politique », p. 881 et 882. G. Merland, *thèse préc.*, p. 120 et s.

⁶⁸¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 98-1, p. 119. L'auteur parle de la « rançon de l'imprécision », pour expliquer la plus grande marge de manœuvre laissée au législateur dans ce domaine.

⁶⁸² D. Rousseau, « Les droits de l'homme... », *art. préc.*, n° 23.

⁶⁸³ P. Gervier, *thèse préc.*, n° 1326, p. 395.

⁶⁸⁴ G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – Introduction générale à l'étude du Droit*, Sirey, 2^e éd., 1972, t. 1, n° 165, p. 298, l'idée est reprise par P. Gervier, *thèse préc.*, n° 1326, p. 395.

⁶⁸⁵ P. Gervier, *thèse préc.*, n° 1327, p. 396.

⁶⁸⁶ L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, 8^e éd., n° 26, p. 36.

⁶⁸⁷ *Ibid.* V. aussi C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, RRJ 1984.853, spéc. p. 862 : « Alors que la technique juridique issue des Lumières et de la Révolution française s'exprimait dans une structure conditionnelle permettant au juge de trouver la solution d'un litige à partir d'une règle générale et abstraite, grâce au syllogisme juridique, les lois de l'État providence recourent à une autre technique. Celle-ci consiste à trouver des finalités et à mettre en place une panoplie d'instruments juridiques ou non juridiques considérés comme aptes à provoquer des changements dans les systèmes sociaux dans lesquels on se propose d'intervenir ».

⁶⁸⁸ Y. Poirmeur, « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique – La construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie,

général ne soutient pas seulement son *exercice*, il détermine son *existence* ; par conséquent, il ne constitue sa limite *que* parce que *sans lui*, le droit *n'existerait pas* ; c'est en ce sens que « si les droits-libertés ont pour objet de limiter le pouvoir, les droits-créances conduisent au contraire à son extension »⁶⁸⁹. Par conséquent, si la place de la limite d'intérêt général est inchangée par rapport aux droits d'agir, c'est dans son rapport de soutien que la dialectique est légèrement différente : l'intérêt général comme condition d'existence des droits d'agir naît d'une omission ; pour les droits d'obtenir, il s'incarne dans une action⁶⁹⁰.

144. Une limite d'intérêt général nécessairement implicite. La limite d'intérêt général des droits d'obtenir est nécessairement implicite : ils ne prévoient ni clause d'ordre public, ni possibilité de restriction. Dès lors qu'ils supposent une action étatique pour leur mise en œuvre, les pouvoirs publics sont libres de leur donner les modalités et l'étendue qu'ils souhaitent, selon un choix politique guidé par l'intérêt général. L'action publique étant la condition *sine qua non* de l'exercice du droit, le texte n'a pas besoin d'édicter de limite d'intérêt général. D'ailleurs, cela explique la retenue du Conseil constitutionnel dans le contrôle des atteintes aux droits et libertés d'obtenir prévus par la Constitution : le lien avec l'action des pouvoirs publics est tel que le Conseil craint d'empiéter sur des compétences qui ne sont pas les siennes⁶⁹¹.

145. Exemple textuel de droit-créance : le Préambule de la Constitution de 1946. Les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 sont ainsi rédigés : « 10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. 11. [...] Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. ». Seule la loi est ici à même d'offrir les « conditions nécessaires au développement », ainsi que la « protection de la santé » ou encore la « sécurité matérielle ». Tout cela relève donc de choix politiques qui détermineront le contenu substantiel de l'intérêt général ; en prévoyant les conditions de sa mise en œuvre, la loi pose par la même occasion les limites d'intérêt général à son propre exercice.

PUF, 1996, p. 99 et s., spéc. p. 116 ; F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances... », *art. préc.*, spéc. p. 181 et 182.

⁶⁸⁹ F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances... », *art. préc.*, spéc. p. 180.

⁶⁹⁰ D. Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, n° 381, p. 117 : rappelons que les droits de la première génération sont des droits « de faire quelque chose » ; F. Rangeon, « Droits-libertés et droits-créances », *art. préc.*, spéc. p. 181 et 182.

⁶⁹¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 98-1, p. 119.

146. Exemple textuel de droit de solidarité : la Charte de l'environnement. Les droits relatifs à l'environnement faisaient de longue date l'objet de discussions lors de l'élaboration des textes de droits et libertés⁶⁹². La Charte de l'environnement de 2004 s'inscrit dans ce mouvement de reconnaissance des droits fondamentaux dits de la troisième génération⁶⁹³. Le texte consacre notamment le droit de vivre dans un environnement sain, qui constitue tout autant un droit lié à une protection individuelle qu'un devoir d'attention exigible de tous⁶⁹⁴. L'article L. 110-1 du code de l'environnement s'inscrit également dans cette logique. Il dispose « I. Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. [...] II. Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont *d'intérêt général* et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »⁶⁹⁵. La loi doit donc prévoir la protection des espaces, dont les limites et les conditions seront sans doute directement exprimées dans les mêmes dispositions.

147. Exemples jurisprudentiels. Cette dualité des droits et libertés du Préambule de la Constitution de 1946 s'exprime dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui les rattache autant aux objectifs de la loi qu'aux droits et libertés protégés⁶⁹⁶. Leur « caractère finaliste » les éloigne en effet de « véritable[s] créance[s] »⁶⁹⁷ : la réalisation des droits-créances peut constituer un ensemble d'enjeux d'intérêt général de nature à limiter les autres droits et

⁶⁹² N. Hutten, *thèse préc.*, p. 175 ; D. Rousseau, « Les droits de l'homme... », *art. préc.*, n° 2.

⁶⁹³ N. Hutten, *thèse préc.*, p. 173.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 252, on parle aussi de « droit de solidarité » ; D. Rousseau, « Les droits de l'homme... », *art. préc.*, n° 19, l'auteur parle en particulier de « l'effet de contrainte du discours juridique ».

⁶⁹⁵ Nous soulignons. V. aussi l'article L. 200-1 du code rural prévoit, dans la formulation très similaire de ses deux premiers alinéas que : « Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont *d'intérêt général* et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ».

⁶⁹⁶ L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, préf. L. Favoreu, Bruylant, coll. « Droit public comparé et européen », 2007, p. 369 à 371.

⁶⁹⁷ L. Gay, *thèse préc.*, p. 748.

libertés⁶⁹⁸. Cependant, leur invocation semble aussi faible que leur mise en œuvre⁶⁹⁹ : les justiciables s'en prévalent peu⁷⁰⁰ et le contrôle de ces droits, dont la mise en œuvre implique une intervention législative, nécessiterait donc sans doute une plus grande immixtion du Conseil constitutionnel dans la fonction d'édition de la loi⁷⁰¹. En effet, leur mise en œuvre autant que leur limitation étant extrêmement politiques, le Conseil n'ose sans doute pas les contrôler avec la même liberté que les droits d'agir.

148. Exemple du droit au logement opposable. Le droit au logement opposable a une expression législative. C'est la loi du 5 mars 2007⁷⁰² qui introduisit, l'article L. 300-1 du code de la construction et de l'habitation relatif au « droit à un logement décent et indépendant »⁷⁰³. Par ce texte, le droit au logement devient exigible de l'État, selon une procédure particulière. Tout se passe comme si, finalement, ce type de droit était l'incarnation législative d'un droit de la deuxième génération. En raison de sa coloration fortement économique et sociale, ce droit apparaît comme le prolongement législatif, et invocable en tant que tel, des droits de la deuxième génération⁷⁰⁴. Le texte précise implicitement la limite d'intérêt général du droit à travers les « conditions fixées par la présente loi ».

149. L'intérêt général constitue ainsi la limite de tous les droits et libertés fondamentaux, quelle que soit leur nature. Il est le plus souvent explicite pour les droits d'agir ; il est implicite pour les droits d'obtenir, pour lesquels la limite d'intérêt général s'exprime directement dans la nécessité de leur mise en œuvre par la loi. Outre la relation variable que l'intérêt général entretient avec les droits et libertés fondamentaux en fonction de la catégorie de droit, sa fonction de limite, dont les manifestations sont variées dans les textes, est source d'incertitudes.

⁶⁹⁸ L. Gay, *thèse préc.*, p. 382.

⁶⁹⁹ J. Bonnet, « Les droits sociaux constitutionnels dans l'ombre de l'État de droit », in *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve du marché*, H. Hurpy et S. Torcol (dir.), colloque 20 nov. 2015, Journée AFDC, Toulon, p. 61 et s., spéc. p. 61 et 62.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 61 et s., spéc. p. 62.

⁷⁰¹ *Ibid.*, spéc. p. 67 et 69 : l'auteur parle de position « timorée » du Conseil sur ce sujet.

⁷⁰² Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

⁷⁰³ L'article renvoie à l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 1990 (loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement) en vertu duquel « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation. Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, dans les conditions fixées par la présente loi, pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir et pour y disposer de la fourniture d'eau, d'énergie et de services téléphoniques ».

⁷⁰⁴ M. Pichard, *thèse préc.*, p. 73 et s. : le « droit à » renvoie davantage à un « objectif poursuivi » (n° 59).

§2. LA FONCTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL LIMITE DES DROITS
FONDAMENTAUX

150. L'intérêt général, notion fonctionnelle. Quelle est la nature juridique de la limite d'intérêt général ? L'intérêt général fait partie des notions juridiques « fonctionnelles »⁷⁰⁵, qui se définissent mieux par leur fonction que par leur contenu⁷⁰⁶ : elle a notamment pour fonction d'être la finalité de l'action publique, qu'elle s'incarne dans la loi ou dans l'action administrative.

151. Les différentes fonctions de l'intérêt général. La notion d'intérêt général peut revêtir plusieurs fonctions, selon le contexte dans lequel elle s'exprime. Il semble en effet que l'intérêt général n'ait pas le même rôle selon qu'il s'exprime dans les textes porteurs de droits fondamentaux comme limite à leur exercice ou en tant que finalité de la loi et de l'action administrative. L'intérêt général peut ainsi constituer un standard dans les textes de droit fondamentaux (A) ou légitimer l'objectif poursuivi par le législateur dans la loi (B).

A. La fonction de l'intérêt général dans les textes de droits fondamentaux : un standard

152. L'intérêt général dans les textes de droits fondamentaux, lorsqu'il se présente comme la limite de leur exercice, revêt toutes les caractéristiques d'un standard. Les clauses d'ordre public de la Convention européenne des droits de l'homme en constituent une illustration : elles intègrent un certain nombre de « notions-cadres »⁷⁰⁷ dont l'intérêt général fait partie⁷⁰⁸.

153. La fonction de standard de l'intérêt général. Le standard se définit comme le « critère intentionnellement indéterminé, critère directif – englobant et plastique, mais normatif – qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce

⁷⁰⁵ V. *supra*, n° 5. Il semble que la première apparition de cette expression date de G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds... », *art. préc.* L'intérêt général est sans doute une « vraie » notion fonctionnelle, dont la qualification n'est pas une « facilité », sur ce point, v. G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA* 2009.641, en particulier n° 25.

⁷⁰⁶ G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds... », *art. préc.* : « Notions juridiques dont l'unité est plus fonctionnelle que conceptuelle. [...] en tant que concepts, elles sont vagues, contradictoires et sans unité. Un logicien est tenté de leur dénier tout droit à l'existence. Pourtant, si on les envisage non au point de vue de leur pur contenu logique, mais à celui de la fonction qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est bien réelle ». F. Saint-Bonnet, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *art. préc.*, p. 11 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 335.

⁷⁰⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 695, indique que « notion-cadre » est synonyme de « standard ». De même, P. Hénaff, « L'unité des notions-cadres », *JCP G* 2005.I, p. 189 et s. V. aussi *Notions-cadres, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, E. Cashin-Ritaine et E. Maître Arnaud (dir.), Bruylant, 2009. Il semble en fait que « notion-cadre » soit la traduction française de « standard », qui est en fait un anglicisme.

⁷⁰⁸ S. Leturcq, *thèse préc.*, p. 175 et s. sur le standard comme « technique de limitation des droits fondamentaux ».

par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques – références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique » ; il constitue une « occasion d’adapter la règle à la diversité des situations et à l’évolution de la société en la pérennisant »⁷⁰⁹. Le standard est une « technique de délégation » ou de « transfert » de pouvoir⁷¹⁰, notamment au bénéfice du juge⁷¹¹, un outil « rhétorique »⁷¹² de « persuasion »⁷¹³, de « légitimation »⁷¹⁴, de « généralisation » et de « cohérence »⁷¹⁵ ainsi qu’un moyen de « régularisation du droit »⁷¹⁶. Si le standard est sans doute une norme, il n’est pas pour autant une règle de droit : « le standard n’est pas la règle : il est une *technique de formulation de la règle de droit* »⁷¹⁷. Les standards incarnent une forme de norme, non pas comme synonyme de « règle », mais en tant qu’« instrument de mesure » de la « normalité »⁷¹⁸, c’est-à-dire « ce qui est statistiquement »⁷¹⁹ – « normalité descriptive »⁷²⁰ – ou « ce qui doit être »⁷²¹ – « normalité dogmatique »⁷²². On doit au professeur Stéphane Rials d’avoir distingué les standards jurisprudentiels, forgés par le juge, des standards de la jurisprudence ou standards textuels, « mis en œuvre » par le juge⁷²³. Le standard correspond ainsi à un certain type de notion

⁷⁰⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 992, v° « Standard ».

⁷¹⁰ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préf. P. Weil, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 135, 1980, n° 93, p. 120 : « Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Souvent d’origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l’utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situation en termes de normalité dans la double acception du terme. Le standard présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles dont il n’a d’ailleurs pas nécessairement l’exclusivité : il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l’autorité qui l’édicte à l’autorité qui l’applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ; il assure trois missions rhétoriques liées à l’idée de persuasion, de légitimation et de généralisation ; il permet une régularisation permanente du système juridique ».

⁷¹¹ *Ibid.*, n° 62 et s., p. 55 et s.

⁷¹² *Ibid.*, n° 65 et s., p. 57 et s.

⁷¹³ *Ibid.*, n° 66, p. 58.

⁷¹⁴ *Ibid.*, n° 67, p. 58.

⁷¹⁵ *Ibid.*, n° 68, p. 59.

⁷¹⁶ *Ibid.*, n° 69 et s., p. 59 et s.

⁷¹⁷ *Ibid.*, n° 93, p. 120 ; S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39 et s., spéc. p. 44.

⁷¹⁸ S. Rials, *thèse préc.*, n° 74, p. 62.

⁷¹⁹ S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », *art. préc.*, spéc. p. 44.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² *Ibid.* V. aussi : F. Viney, *Le bon père de famille et le plerumque fit – Contribution à l’étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, dir. G. Loiseau, thèse dactyl. Paris I, 2013, n° 32, p. 30 : « Une différence fondamentale doit être posée. Cette différence résulte, il nous semble, de la valeur qu’accorde le juge au standard qu’il met en œuvre. Celui-ci lui permet-il de porter directement un jugement en droit sur un comportement donné ou lui permet-il simplement d’appréhender ce qui relève du fait ? En d’autres termes, le standard exprime-t-il en lui-même un *devoir être*, ou *ce qui est*, suivant la distinction entre le *Sein* et le *Sollen* exprimée par Kelsen ? », l’auteur pose la distinction entre standard normatif et standard descriptif (v. F. Viney, *thèse préc.*, n° 854, p. 412 : distinction mise en œuvre à propos du bon père de famille (standard normatif) et du *plerumque fit* (standard descriptif)).

⁷²³ S. Rials, *thèse préc.*, n° 33, p. 36.

fonctionnelle⁷²⁴. En droit public, il est classique de considérer que l'intérêt général constitue un standard⁷²⁵.

154. L'intérêt général, une norme singulière. Dès lors que l'intérêt général est un standard, il est sans doute une norme⁷²⁶. Il n'est cependant pas une « règle de droit »⁷²⁷. L'intérêt général dans son rôle de standard est une norme en ce qu'il est un « instrument de mesure »⁷²⁸. La règle de droit, si l'on en croit la professeure⁷²⁹ Catherine Thibierge, impose un « tracé » et une « mesure »⁷³⁰ : elle détermine l'action qui doit être posée en amont et permet de juger cette action *a posteriori*⁷³¹. Or l'intérêt général n'est pas un « énoncé »⁷³². Il ne pose pas de tracé⁷³³, il ne permet que de « mesurer » l'action rétroactivement, fonction caractéristique des standards⁷³⁴.

⁷²⁴ S. Rials, *thèse préc.*, n° 52, p. 49 : « les notions fonctionnelles sont celles pour lesquelles la définition fonctionnelle est plus productive que les définitions classiques. Le standard est sans doute une notion fonctionnelle de ce point de vue ».

⁷²⁵ V. Coq, *thèse préc.*, n° 378, p. 185 : l'intérêt général est « en puissance une norme à géométrie variable » et « en action », « en principe », un standard, et « par exception » une « règle de droit autonome », notamment dans le cas du mécanisme de la dérogation (n° 382, p. 186).

⁷²⁶ Nombreux sont les auteurs qui estiment que l'intérêt général est une norme, ne serait-ce qu'en tant que composante de la légalité de l'acte administratif. Quelques exemples : D. Truchet, *thèse préc.*, p. 167 et s. ; M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence... », *art. préc.*, spéc. p. 50 : elle considère que l'intérêt général est une norme « subsidiaire » (p. 50) et « complémentaire » (p. 52) ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 109 et s.

⁷²⁷ S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », *art. préc.*, spéc. p. 44 ; *Contra* V. Coq, *thèse préc.*, n° 374 et s., p. 184 et s. : considère que le mécanisme de la « dérogation d'intérêt général », qui permet de contourner la légalité dans certains cas pour des raisons d'intérêt général (refus par le juge d'entériner la démolition d'un ouvrage public illégal par exemple) constitue l'expression de l'intérêt général en tant que norme « autonome », « à part entière » (v. *infra*, n° 348 et s. et n° 894). C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », in « L'égalité », *Arch. philo. dr.*, n° 51, 2008, p. 341 et s., spéc. p. 356 ; C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 854 : l'auteur affirme que « les objectifs sont des normes », sans distinguer expressément les objectifs exprimés dans la législation de ceux qui sont tus par le législateur dans le corps du texte, l'auteur souligne en outre que pour toutes normes qu'ils sont, les objectifs « ne se traduisent pas en règles ». *Contra* P. de Montalivet, « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 47 et s., spéc. p. 49, note de bas de page n° 14 : « Les deux mots sont synonymes ».

⁷²⁸ C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *art. préc.*, spéc. p. 371.

⁷²⁹ Conformément à la circulaire du 6 mars 1998 relative à la féminisation des noms de métier, fonction, grade ou titre, nous choisissons de mettre au féminin, le cas échéant, le titre de « professeur », car cela semble correspondre aujourd'hui à la majorité de la pratique.

⁷³⁰ C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *art. préc.*, spéc. p. 356, c'est ce que l'auteur appelle la « plénitude de normativité ».

⁷³¹ *Ibid.*, spéc. p. 356.

⁷³² V. Coq, *thèse préc.*, n° 530 et s., p. 241 et s. ; toutefois, elle considère que la règle d'intérêt général peut être une règle à part entière dans le cas de la dérogation ; la règle naît de l'interprétation de l'intérêt général qui devient un énoncé : V. Coq, *thèse préc.*, n° 539 et s., p. 244 et s.

⁷³³ C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *art. préc.*, spéc. p. 356. *Contra* V. Coq, *thèse préc.*, n° 519, p. 236 : considère que dans le cas de la dérogation notamment, l'intérêt général pose une règle à part entière, (v. aussi V. Coq, *thèse préc.*, n° 558 et s., p. 253 et s.).

⁷³⁴ C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *art. préc.*, spéc. p. 371.

155. Le standard d'intérêt général dans les déclarations de droits fondamentaux.

Dans les déclarations de droits fondamentaux, l'intérêt général fait partie de la règle de droit⁷³⁵ : en exigeant que les limites apportées aux droits fondamentaux respectent l'intérêt général, les textes « opère[nt] [...] un transfert du pouvoir créateur du droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique »⁷³⁶. Le standard de justification de la restriction par l'intérêt général s'adresse ainsi en premier lieu à celui qui édicte la règle – le législateur – et secondairement à celui qui contrôle son application – le juge.

156. Mécanisme du standard d'intérêt général de limite aux droits et libertés fondamentaux : un standard avant tout adressé au législateur. Dans le mécanisme de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, le standard d'intérêt général a la particularité d'être adressé en premier lieu au législateur : c'est à lui qu'incombe d'abord la charge de respecter les conditions de régularité de la restriction. Le mécanisme est en quelque sorte comparable à celui de l'article 371-4 du code civil, qui dispose dans son premier alinéa que : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ». Dans une telle hypothèse, le juge se penche sur la décision, prise préalablement par les personnes chargées de l'éducation de l'enfant, de limiter les contacts avec ses ascendants. Par conséquent, c'est en premier lieu aux personnes responsables de l'éducation de l'enfant qu'incombe la charge d'identifier l'intérêt qui justifie une telle mesure ; le juge applique le standard dans un contexte de contrôle d'une directive antérieure⁷³⁷. Il doit ainsi en premier lieu se référer à la décision qui a été prise avant lui : il contrôle la mise en œuvre du standard, plus qu'il n'en complète lui-même le contenu. C'est sans doute par un mécanisme similaire que se justifie le principe de subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme⁷³⁸.

157. La standardisation de l'intérêt général dans les textes porteurs de droits fondamentaux. Le rôle de standard de l'intérêt général dans les textes émerge partiellement de la pratique jurisprudentielle. Sans doute l'intérêt général n'était-il pas encore un standard dans les premiers textes porteurs de droits fondamentaux. C'est le développement de la « méfiance »

⁷³⁵ V. Coq, *thèse préc.*, n° 177, p. 101 : « La définition matérielle du standard "intérêt général" a conduit à dissocier le standard de la règle de droit. En effet, le standard "intérêt général" doit être considéré, selon nous, comme une norme dans la norme [...]. De ce point de vue, l'intérêt général fait partie de la règle de droit et est tout au plus, une catégorie juridique, tout au moins, un critère juridique ».

⁷³⁶ S. Rials, *thèse préc.*, n° 93, p. 120.

⁷³⁷ A. Gouttenoire, *Rép. dr. civ.*, « Autorité parentale – Relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents », oct. 2022, n° 329.

⁷³⁸ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 429 et 430, p. 252 : l'auteur parle de « l'auto-limitation » de la Cour. Sur le principe de subsidiarité, v. *infra*, n° 426 et s.

à l'égard de la loi⁷³⁹ qui en a fait un standard : dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui n'avait sans doute pas vocation à trouver de véritable application sanctionnée par un juge. En contrôlant l'intérêt général, on « sous-entend » qu'il pourrait ne pas exister⁷⁴⁰ et que l'objectif poursuivi par la loi pourrait ne pas être rattaché au standard d'intérêt général. Ainsi, c'est le contrôle de la loi qui transforma les manifestations de l'intérêt général dans le bloc de constitutionnalité en standards⁷⁴¹, complétés par ceux forgés par le Conseil constitutionnel pour limiter les droits fondamentaux⁷⁴². Dans des textes plus récents, tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'intérêt général avait sans doute davantage été pensé comme un standard⁷⁴³, puisqu'un contrôle du respect des dispositions conventionnelles était prévu. De même, l'article 52§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui prévoit que « toute limitation de l'exercice des droits et libertés » doit « répond[re] effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui », envisage sans doute l'intérêt général comme un standard.

158. Les conséquences en termes de pouvoir du législateur : le lien entre pouvoir et formulation de la limite d'intérêt général. Le législateur n'est par conséquent plus pleinement « souverain » dans la détermination de l'intérêt général⁷⁴⁴ : la loi est désormais contrôlée par le juge, à la manière de l'acte administratif⁷⁴⁵. Tout se passe comme si, finalement, le pouvoir du législateur dépendait en partie de la formulation de la règle porteuse de droits fondamentaux, qui permet de moduler le contrôle du juge. Peut-être le législateur n'est-il donc plus automatiquement doté d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'édiction de la loi⁷⁴⁶. Le pouvoir discrétionnaire intervient quand la norme ne dit rien ou laisse une « latitude » au

⁷³⁹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 32 et s.

⁷⁴⁰ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 56.

⁷⁴¹ Sur le contrôle par le Conseil constitutionnel, v. *infra*, n° 195 et s. et n° 386 et s.

⁷⁴² S. Leturcq, *thèse préc.*, p. 39 et s. Sur l'intérêt général comme un *policy argument*, c'est-à-dire une « valeur sociale ou juridique qui peu[t] avoir une influence sur la décision du juge », v. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012 et D. Baranger, « Comprendre le “bloc de constitutionnalité” », *Jus Politicum*, n° 21, juill. 2018.

⁷⁴³ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 426, p. 250 : l'auteur rattache cependant cela à l'idée de « normalité », alors que l'intérêt général n'apparaît pas comme un standard de « normalité ». Il apparaît davantage comme un « standard-idéal », comme le qualifie l'auteur quelques lignes plus loin (n° 427, p. 250). Autre désaccord, elle considère que l'intérêt général dans système est un standard « jurisprudentiel » (n° 429, p. 251), ce qui est discutable.

⁷⁴⁴ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 67 : l'auteur considère que le pouvoir du législateur n'est plus souverain mais discrétionnaire. *Contra* G. Merland, *thèse préc.*, p. 227 : il considère au contraire que le Conseil constitutionnel ne contrôle pas l'intérêt général et que par conséquent, le pouvoir du législateur n'est pas discrétionnaire mais souverain.

⁷⁴⁵ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 67.

⁷⁴⁶ Sur le pouvoir discrétionnaire, v. B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 1159, p. 1560 et A. de Laubadère, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 1, LGDJ, 1974, p. 531 et s.

pouvoir chargé de l'édicter⁷⁴⁷. Selon le professeur Stéphane Rials, ce n'est pas la présence d'un standard qui entraîne la présence d'un pouvoir discrétionnaire⁷⁴⁸, ni « l'indétermination » de la notion, mais davantage son « indéterminabilité »⁷⁴⁹. La marge de manœuvre du législateur dépend donc, en théorie, de la façon dont la limite d'intérêt général est exprimée dans la règle portant le droit fondamental et de son degré de « déterminabilité », au sens où l'entend le professeur Stéphane Rials. En théorie, plus des enjeux d'intérêt général substantiels précis sont énumérés par le texte, plus le législateur est soumis à l'appréciation du juge⁷⁵⁰ ; c'est le cas de la clause d'ordre public. À l'inverse, une clause visant l'intérêt général sans précision supplémentaire ou renvoyant simplement à la règle qu'il justifie, comme celle de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, serait de nature à laisser une plus grande marge de manœuvre au législateur⁷⁵¹.

159. Les manifestations de l'intérêt général en tant que standard. Les standards d'intérêt général peuvent prendre différentes formes. Dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'intérêt général est incarné par des standards textuels⁷⁵². À l'inverse, avec le recours aux objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel privilégie les standards jurisprudentiels⁷⁵³. Ainsi, la classification des objectifs poursuivis par le législateur entre les « objectifs de valeur constitutionnelle », ceux « d'intérêt général », le cas échéant « suffisant » ou « impérieux »⁷⁵⁴, manifeste la mise en œuvre des standards constitutionnels de contrôle des objectifs poursuivis par le législateur. L'intérêt général est par conséquent « une notion dépourvue de valeur juridique intrinsèque »⁷⁵⁵, qui peut « s'exprimer dans des normes

⁷⁴⁷ S. Rials, « Les standards, notion critiques du droit », *art. préc.*, spéc. p. 46.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, spéc. p. 46.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, spéc. p. 46.

⁷⁵⁰ G. Pellissier, *thèse préc.*, p. 100 : « L'intérêt général n'est donc un standard déterminable que lorsque la norme supérieure contient une esquisse de détermination que le juge prolonge par son interprétation ». Sur le rapport entre contrôle de proportionnalité et pouvoir discrétionnaire, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 179 et s. et n° 195.

⁷⁵¹ Sur la mise en œuvre, v. *infra*, n° 432 et 433, le propos sera nuancé par rapport à cette approche très théorique.

⁷⁵² S. Leturcq, *thèse préc.*, p. 55.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 55 ; D. Baranger, « Comprendre le “bloc de constitutionnalité” », *art. préc.*

⁷⁵⁴ Sur cette classification, v. *infra*, n° 395.

⁷⁵⁵ G. Merland, *thèse préc.*, p. 107 ; v. également : G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 : « Mais l'intérêt général ne saurait se limiter aux seules normes constitutionnelles. L'intérêt général peut également être constitué par un objectif défini par le législateur lui-même. Le juge constitutionnel reconnaît, en effet, à l'auteur de la loi la liberté d'apprécier ce qui, selon lui, relève de l'intérêt général. Ce dernier est donc susceptible de s'incarner dans des principes qui n'ont pas valeur constitutionnelle ». A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 37, 40 et 43 : l'intérêt général a tantôt une valeur législative, tantôt une valeur constitutionnelle. Sur le débat relatif au placement de l'intérêt général dans la hiérarchie des normes, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 111 et s. et D. Truchet, *thèse préc.*, p. 199 : l'intérêt général n'est pas une norme législative, c'est une « composante para-législative du principe de légalité ».

législatives » ou « constitutionnelles »⁷⁵⁶. Ainsi, les « objectifs de valeur constitutionnelle »⁷⁵⁷ n'ont pas une nature différente des « objectifs d'intérêt général »⁷⁵⁸ : tous deux constituent des buts d'intérêt général⁷⁵⁹ ; le Conseil effectue simplement une distinction selon la *substance* des enjeux⁷⁶⁰.

B. La fonction de l'intérêt général comme objectif de la loi : la légitimation de la règle

160. Outre son utilisation pour guider l'interprétation⁷⁶¹, l'objectif de la règle suscitait une relative indifférence jusqu'au début du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux, et plus particulièrement, jusqu'à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité⁷⁶². L'objectif poursuivi par la norme fait, dans ce raisonnement, l'objet d'un contrôle séparé et approfondi qui entraîne son apparition dans le raisonnement du juge. En effet, le rattachement de l'objectif poursuivi par la règle à l'intérêt général constitue désormais une condition de la régularité de la loi ; il appartient par conséquent au juge de procéder au contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur, au moyen du standard exprimé dans les textes porteurs de droits fondamentaux.

161. L'intérêt général dans la loi. On a vu que dans les Conventions internationales et autres textes de droits fondamentaux, l'intérêt général revêtait sans doute aujourd'hui le rôle d'un standard. Qu'en est-il de l'intérêt général quand il est porté par la loi ? La loi doit poursuivre un but qui est, par définition, d'intérêt général⁷⁶³ : il s'agit d'une condition de validité de l'objectif de la règle. Le contrôle de proportionnalité permet de mesurer à la fois la

⁷⁵⁶ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 37 et s. ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 108 et s.

⁷⁵⁷ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 35 : l'auteur ne dit pas autre chose à propos des objectifs à valeur constitutionnelle : « apparue en plusieurs étapes, cette notion témoigne de ce que pour le Conseil constitutionnel l'intérêt général est la fin normale de la loi voulue par le constituant, il est dans l'intention de ce dernier ».

⁷⁵⁸ *Ibid.*, spéc. p. 36 : « on trouve aussi “les objectifs” qui sont simplement “d'intérêt général”. Mais il s'agit de l'intérêt général voulu par le législateur ». V. aussi P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préf. M. Verpeaux, Dalloz, 2006, n° 314 et s., p. 178 et s. et n° 937 et s., p. 544 et s.

⁷⁵⁹ P. de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cah. Cons. const.*, n° 20, juin 2006, souligne cette parenté.

⁷⁶⁰ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 59 : « Il serait donc possible d'établir une relation entre le démembrement sous lequel l'intérêt général apparaît et la valeur reconnue à ce démembrement ».

⁷⁶¹ V. not. P. Deumier, « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation, études des travaux préparatoires », in *Principes de justice – Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 125 et s., spéc. p. 136 et s.

⁷⁶² Sur ce point, v. *infra*, n° 167 et s.

⁷⁶³ Les références sont trop nombreuses pour une énumération exhaustive mais on peut citer : *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 263 ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 27 ; B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 45 ; B. Mathieu, *Les « validations » législatives*, *op. cit.*, p. 201 ; M. Mekki, « La nullité, entre modernité et tradition », *art. préc.* ; P. Mazeaud, « De l'intérêt général », *Académie des sciences morales et politiques*, Séance du 7 févr. 2011 ; B. Mathieu, « Propos introductifs », *art. préc.*, spéc. p. 6 ; M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 34 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 461, p. 629.

légitimité de l'objectif de la règle et la relation entre la mesure et l'objectif⁷⁶⁴. À cette occasion, l'intérêt général est à la fois une « norme contrôlée » et une « norme de contrôle »⁷⁶⁵. L'intérêt général, standard de mesure de la limite aux droits fondamentaux, n'a sans doute pas la même fonction que l'intérêt général objectif de la loi⁷⁶⁶.

162. Modalités du contrôle de l'objectif législatif. Le juge se trouve ainsi en position de contrôler l'objectif poursuivi par la règle produite par le législateur. Sa méthode doit sans doute se décliner en deux étapes. Tout d'abord, il doit identifier le but recherché par le législateur. Ensuite, il doit s'assurer que cet objectif répond à l'intérêt général⁷⁶⁷ ; c'est en effet son rattachement à cette notion qui fonde la légitimité de l'objectif poursuivi. Si la loi doit théoriquement toujours poursuivre l'intérêt général, le contrôle de la conformité de la règle aux droits fondamentaux implique un contrôle par le juge.

163. L'objectif de la loi envisagé abstraitement : élément extrajuridique. L'objectif de la loi ne fait pas à proprement parler partie de la norme⁷⁶⁸. Il procède de sa construction et de sa justification. En témoignent les débats autour de la normativité des objectifs exprimés dans les règles⁷⁶⁹. Le niveau de normativité de l'objectif varie notamment selon son expression dans la règle de droit⁷⁷⁰. L'objectif se situe en réalité à la frontière entre le fait et le droit : en tant que justification, il est juridique ; dans son contenu, il se fonde sur des « données extralégales ou extrajuridiques »⁷⁷¹, que l'on ne saurait appeler du « fait », ce terme renvoyant davantage aux circonstances particulières d'un litige, et non aux considérations générales fondant la règle. S'il se fonde sur des éléments extrajuridiques, avant de devenir un

⁷⁶⁴ Sur le contrôle de proportionnalité, v. *infra*, n° 167 et s.

⁷⁶⁵ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 384, p. 177. V. aussi, P. Muzny, *thèse préc.*, n° 147, p. 123 : l'objectif poursuivi comme « norme de référence ». Sur ce point, v. *infra*, n° 169 et s. et n° 181 et s.

⁷⁶⁶ G. Pellissier, *thèse préc.*, p. 100 : « L'interprétation de l'intérêt général ne requiert pas les mêmes méthodes selon qu'il s'agit d'un standard textuel, ou de l'expression de la finalité générale de l'action publique. Dans le premier cas, l'intérêt général est le vecteur, bien qu'imprécis, de la volonté du législateur qu'il appartient au juge administratif de faire respecter. L'opération d'interprétation à laquelle il se livre consiste à percer les intentions du législateur ; il y parvient au vu des débats parlementaires, mais aussi en considérant l'objet de la loi. La détermination de l'intérêt général dans ce cadre concret de l'exercice d'un certain pouvoir de l'administration est par conséquent effectué par référence à l'objet et aux objectifs de la loi ».

⁷⁶⁷ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 505, p. 229 : « tous les objectifs poursuivis par le législateur ne peuvent prétendre constituer une norme d'objectif législatif d'intérêt général ».

⁷⁶⁸ *Contra, ibid.*, n° 130, p. 68, qui considère que l'objectif est un « composant intrinsèque » de la loi.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, n° 508, p. 230. Sur la valeur juridique de l'intérêt général, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 108 et s. ; M. Verpeaux, « Les objectifs en droit constitutionnel », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 85 et s., p. 86 ; J.-F. Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 29 et s., p. 33.

⁷⁷⁰ J.-L. Bergel, « Avant-propos », « Avant-propos », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.765, spéc. p. 766.

⁷⁷¹ Expression utilisée par G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 992. Sur la distinction entre les « faits de l'espèce » et « les faits de société », v. J.-L. Aubert, « Le fait et la Cour de cassation », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 843 et s.

élément de droit par son statut d'objectif de la règle, l'objectif n'est pas à proprement parler un élément de fait, au sens où on pourrait l'entendre dans un litige⁷⁷². En effet, il se rattache à la règle en elle-même, abstraitement considérée, en tant qu'indépendante de tout litige. C'est pourquoi son identification ainsi que la démonstration de son rattachement à l'intérêt général procèdent de raisonnements purement juridiques, détachés de tout élément de fait⁷⁷³.

164. Statut des objectifs exprimés dans le texte de loi. Les enjeux d'intérêt général exprimés dans le texte de loi ont-ils un statut différent des objectifs qui résultent des travaux parlementaires⁷⁷⁴ ? Les objectifs législatifs ne semblent pas se rassembler dans une catégorie homogène⁷⁷⁵. La pratique de l'expression des objectifs dans le texte de loi se développe et soulève des débats⁷⁷⁶. Si ce phénomène semble leur donner une importance particulière⁷⁷⁷, on a pu contester la normativité des lois qui ne font que fixer des objectifs⁷⁷⁸. Ainsi, dans le contrôle de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi, le mode d'expression des objectifs dans le texte est presque indifférent ; tout au plus peut-il constituer une aide pour le juge chargé

⁷⁷² G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 992 : évoque les « données extralégales ou extrajuridiques », qui sont distinctes du fait au sens qu'il prend dans le cadre d'un litige. Sur la distinction entre les « faits de l'espèce » et « les faits de société », v. encore J.-L. Aubert, « Le fait et la Cour de cassation », *art. préc.*

⁷⁷³ Sur ce point, v. *infra*, n° 311 et s.

⁷⁷⁴ C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 854 : l'auteur affirme que « les objectifs sont des normes », sans distinguer expressément les objectifs exprimés dans la législation de ceux qui sont tus par le législateur dans le corps du texte, l'auteur souligne en outre que pour toutes normes qu'ils sont, les objectifs « ne se traduisent pas en règles ». V. aussi J.-L. Bergel, « Avant-propos », *art. préc.*, spéc. p. 766 : distingue les objectifs exprimés dans le corps de la loi de ceux exprimés dans les travaux préparatoires, l'exposé des motifs ou encore l'intitulé de la loi ; p. 765 : « Les formulations d'objectifs procèdent du concept de “soft law” », ils ont donc une certaine « normativité » ; « par “formulations d'objectifs”, il faut entendre les déclarations d'objectifs, de caractère finaliste, poursuivant un but de politique juridique exprimées dans les textes de lois, même s'il ne s'agit que de déclarations d'intention très générales n'ayant pas d'effet matériellement normatif ».

⁷⁷⁵ B. Faure, « Le phénomène des objectifs dans le droit – Rapport introductif », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 1 et s., spéc. p. 8.

⁷⁷⁶ Sur le caractère récent de l'introduction des objectifs dans le corps de la loi, v. C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 855. Sur le rôle des objectifs comme guide de l'action administrative et de l'interprétation du juge, v. J.-P. Richard, « Conclusions d'une recherche effective par le service des commissions du Sénat », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.788, spéc. p. 820. Bien que la formulation des objectifs dans la loi ne soit pas indispensable pour le contrôle : J.-Y. Chérot, « Les formulations d'objectifs dans le contrôle de constitutionnalité en France (Note sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel) », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.895, spéc. p. 897 à 900 ; *contra* J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 405 et s., p. 185 et s. : considère que l'absence d'obligation de formulation des objectifs dans la loi « fragilise » le contrôle de proportionnalité.

⁷⁷⁷ C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 854 ; J.-L. Bergel, « Avant-propos », *art. préc.*, spéc. p. 766.

⁷⁷⁸ Sur le risque d'affaiblissement de la force de la loi par la formulation des objectifs, v. J.-P. Richard, « Conclusions d'une recherche effective... », *art. préc.*, spéc. p. 822 ; également C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 859 et 860 : « Objectifs et règles sont du ressort du devoir être, mais pas de la même façon. C'est ce que les juristes et le grand public, habitués à voir dans le droit un modèle qui doit se réaliser obligatoirement, ont de la peine à comprendre. », le droit selon l'auteur n'a donc plus vocation à se « réaliser obligatoirement ».

de les identifier. Ce dernier doit toutefois s'assurer que l'objectif exprimé, dans le texte ou les travaux annexes, est bien celui poursuivi par la règle.

165. Conclusion de la section. Bien que toujours soutenus et limités par l'intérêt général, les droits des différentes générations n'entretiennent pas le même rapport avec la notion lors de leur édicition. Ainsi, les droits « d'agir », en tant que droit de ne pas subir l'intrusion de l'État dans certaines zones de liberté, donnent lieu le plus souvent à une abstention de la part de l'État et à une limite explicite dans les textes qui fondent leur mise en œuvre. À l'inverse, les droits « d'obtenir » ne peuvent exister qu'en raison d'une action positive de l'État en ce sens : l'intérêt général est alors posé par le texte comme déterminant alors à la fois l'existence, les conditions, les modalités et les limites du droit. Par conséquent, les limites d'intérêt général de ces droits n'apparaissent pas dans le texte qui les édicte. Au-delà de sa présence implicite dans les mécanismes fondant les différents droits, l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux peut revêtir deux grandes fonctions. Dans les textes de droits fondamentaux, l'intérêt général se présente désormais comme un standard. Dans la loi, il n'est qu'un objectif, fondé sur des données extrajuridiques et destiné à être mesuré à l'aide de standards dans les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité.

166. Conclusion du chapitre. Sauf le cas des droits indérogeables, l'intérêt général est présent dans tous les mécanismes de limitation des droits et libertés fondamentaux. Il incarne la légitimité des restrictions de liberté. Les textes reflètent l'importance de la limite d'intérêt général. Qu'elle soit implicite, formelle, substantielle ou qu'elle s'exprime sous la forme d'une clause d'ordre public, elle constitue un mécanisme indissociable des droits fondamentaux. Son mode d'expression peut constituer un indice de l'importance d'un droit ou d'une liberté. Plus largement, sa place de limite s'incarne différemment selon le degré d'action que le droit ou la liberté octroie au sujet : elle ne se montre explicite que pour les droits qui octroient à l'individu une faculté d'agir. Enfin, le standard de mesure de l'intérêt général dans les textes de droits fondamentaux doit se distinguer de l'intérêt général en tant qu'objectif de la loi : bien que l'un ait vocation à être comparé à l'autre, leur fonction est différente. Le standard, mis en œuvre par le juge, sert sans doute de mesure à l'objectif exprimé par la loi, qui se situe à la limite entre le droit et les considérations extrajuridiques.

CHAPITRE 2 : L'OMNIPRÉSENCE THÉORIQUE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE CONTRÔLE

167. La limite d'intérêt général est donc omniprésente dans les textes porteurs de droits fondamentaux. L'apparition de son contrôle fut toutefois tributaire de plusieurs événements. D'une part, il fallut l'introduction du contrôle de constitutionnalité au regard des droits fondamentaux constitutionnels lors de la décision *Liberté d'association*⁷⁷⁹, puis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, qui fit du juge ordinaire le responsable de son filtrage. D'autre part, ce fut l'inauguration du contrôle abstrait de conventionnalité, avec l'arrêt de la Cour de cassation *Jacques Vabre*⁷⁸⁰, qui ajouta le maniement de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux à l'office du juge judiciaire. Le Conseil d'État lui emboîta le pas avec la décision *Nicolo* en 1989⁷⁸¹. Le contrôle concret au regard des droits fondamentaux à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme apparut devant la Cour de cassation le 4 décembre 2013⁷⁸² et devant le Conseil d'État le 31 mai 2016⁷⁸³.

168. Sous l'influence de ces nouveaux mécanismes de contrôle de la loi, la Cour de cassation fut incitée à calquer ses méthodes de raisonnement sur la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel. Or, ces deux juridictions développèrent chacune leur propre contrôle de proportionnalité, étape incontournable du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux. L'analyse donne à voir en effet que l'intérêt général trouve sa place dans toutes les étapes de ce raisonnement (**section 1**). En outre, si l'amorce du contrôle de l'intérêt général vient des textes porteurs de droits fondamentaux eux-mêmes, c'est également la pratique accrue du contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel (**section 2**) qui donne une place centrale à l'objectif poursuivi par la loi.

⁷⁷⁹ Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, v. *supra*, n° 26.

⁷⁸⁰ Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, v. *supra*, n° 27.

⁷⁸¹ CE, Ass., 20 oct. 1989, n° 108243.

⁷⁸² Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066. En réalité, des arrêts antérieurs avaient sans doute déjà amorcé l'évolution, sur ce point, v. *infra*, n° 178.

⁷⁸³ CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848.

SECTION 1 : LA STRUCTURE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

AUTOUR DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

169. L'intérêt général est l'élément clé du contrôle de proportionnalité : « bien qu'autonomes, les conditions d'intérêt général et de proportionnalité sont complémentaires »⁷⁸⁴. À la fois objet et « norme de contrôle »⁷⁸⁵, l'intérêt général occupe une place centrale dans le raisonnement. L'apparition du contrôle de proportionnalité avec le contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux (§1) révèle ainsi l'intérêt général comme l'un des rouages incontournables du raisonnement (§2).

§1. LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ ET SON LIEN AVEC L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

170. Le contrôle de proportionnalité s'impose aujourd'hui comme un mode de raisonnement omniprésent dans toutes les branches du droit (A). Toutefois, c'est dans la mise en œuvre des droits et libertés fondamentaux qu'il s'épanouit particulièrement (B), qu'il prenne sa forme concrète ou abstraite (C).

A. L'omniprésence de la proportionnalité

171. **La proportionnalité en droit.** La proportionnalité innerve aujourd'hui tout le droit positif⁷⁸⁶. Si la notion intervient dans d'autres sciences, toutes ses définitions –

⁷⁸⁴ G. Merland, *thèse préc.*, p. 267. V. aussi B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 382, p. 225 : « l'intérêt général est indéniablement un élément constitutif du contrôle de proportionnalité ».

⁷⁸⁵ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 384, p. 177 : l'auteur le constate pour le Conseil constitutionnel, mais l'affirmation est toute aussi vraie pour la Cour européenne des droits de l'homme. V. aussi P. Muzny, *thèse préc.*, n° 147, p. 123 : l'objectif poursuivi comme « norme de référence ».

⁷⁸⁶ F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009.52, n° 3, p. 54 : la proportionnalité existe « dans toutes les branches du droit, consciemment ou inconsciemment ». V. aussi P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016.70 ; *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. droit et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009 : X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », p. 6 et s. ; D. Simon, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés européennes », p. 17 et s. ; R. Fraisse, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », p. 74 et s. ; E. Naim-Gesbert, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », p. 54 et s. ; V. Fraissinier-Amiot et R. Bernard-Ménoret, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », p. 101 et s. ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », p. 64 et s. ; J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », p. 113 et s. ; G. Lardeux, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », p. 96 et s. ; P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », p. 93 et s. ; L. Sermet, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », p. 26 et s. ; J.-B. Seube, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », p. 26 et s. Encore récemment, un dossier fut consacré au sujet dans la Revue *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020 : S. Cabrillac, « L'identification légale du cautionnement disproportionné », p. 87 et s. ; G. Lardeux, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en

mathématique, philosophique et juridique – font référence à un rapport⁷⁸⁷ convenable « de corrélation »⁷⁸⁸ entre différents facteurs. En droit, la proportionnalité correspond à une « relation logique et cohérente entre deux ou plusieurs éléments »⁷⁸⁹. Elle tend en effet vers la règle de bon sens : toute décision, quelle qu'elle soit, doit être guidée par le rapport entre les moyens mis en place et le but à atteindre pour être adaptée au mieux à la situation qu'elle se propose de régler. Dès lors est-il possible de distinguer, entre la proportionnalité qui guide la décision du législateur, dite proportionnalité « politique », de la proportionnalité « juridique », qui se rapporte au contrôle du juge⁷⁹⁰. La proportionnalité contient ainsi une « idée de cohérence entre une mesure [...] et son objectif »⁷⁹¹.

172. Le principe de proportionnalité. Bien que très présent en droit positif et utilisé dans de nombreuses matières, le principe de proportionnalité⁷⁹² n'existe en tant que principe général autonome du droit commun, ni en droit public⁷⁹³, ni en droit privé⁷⁹⁴. Pourtant, la proportionnalité prend de l'ampleur⁷⁹⁵ dans des matières aussi diverses que le droit pénal⁷⁹⁶, le droit des contrats⁷⁹⁷, le droit du travail⁷⁹⁸, mais également en droit des affaires sous l'influence

matière contractuelle », p. 96 et s. ; E. Camous, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions patrimoniales », p. 113 et s. ; S. Le Gac-Pech, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », p. 46 et s.

⁷⁸⁷ X. Philippe, *thèse préc.*, p. 12.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁹⁰ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 12, p. 7.

⁷⁹¹ R. Boust, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC* 2011.913, spéc. p. 915.

⁷⁹² V. not. *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998 : M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », p. 3 et s. ; R. Vatinet, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », p. 58 et s. ; J.-M. Calendini, « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », p. 44 et s. ; A. Mazeaud, « Proportionnalité en droit social », p. 64 et s. ; M.-C. Boutard-Labarde, « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence », p. 44 et s. ; D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », p. 38 et s. ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », p. 21 et s. ; D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », p. 12 et s. ; H. Lécuyer, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », p. 31 et s. V. aussi F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question », *art. préc.*, n° 2.

⁷⁹³ G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 297 et s., spéc. p. 298 ; X. Philippe, *thèse préc.*, p. 88 ; M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 164.

⁷⁹⁴ A. Mazeaud, « Proportionnalité en droit social », *art. préc.*, spéc. p. 64.

⁷⁹⁵ V. not. *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, *préc.* : P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *art. préc.* ; V. Fraissinier-Amiot et R. Bernard-Ménoret, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.* ; J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.* ; J.-B. Seube, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire... », *art. préc.* ; L. Sermet, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention... », *art. préc.* Pour une étude en droit international privé : R. Legendre, *thèse préc.*, 2018.

⁷⁹⁶ M. Bouchet, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC* 2017.495.

⁷⁹⁷ S. Le Gac-Pech, *thèse préc.* ; M. Mekki, *thèse préc.*

⁷⁹⁸ I. Cornesse, *thèse préc.* ; A. Mazeaud, « Proportionnalité en droit social », *art. préc.*

des droits fondamentaux⁷⁹⁹, s'accompagnant parfois de la mise en place par le juge d'un contrôle de proportionnalité.

173. Le contrôle de proportionnalité « mathématique » ou « quantitatif ». Le contrôle de proportionnalité peut tout d'abord être « mathématique »⁸⁰⁰ ou « quantitatif »⁸⁰¹ et « prendre les atours d'un calcul » lorsque le juge « réalise une mesure chiffrée » : l'hypothèse est alors celle des « termes » dits « commensurables », c'est-à-dire « comparables entre eux par l'emploi d'une échelle commune »⁸⁰². Les exemples les plus typiques sont la proportionnalité en matière de cautionnement⁸⁰³ ou encore le contrôle de la clause pénale⁸⁰⁴. Dans ce cas, le contrôle est opéré « en deux temps » : la première étape est celle de la mesure des facteurs et de leur comparaison, et la seconde, plus subjective, suppose une « appréciation » portée sur « l'écart » entre les termes⁸⁰⁵.

174. Le contrôle de proportionnalité « notionnel » ou « qualitatif ». À l'inverse du contrôle précédent, le contrôle de proportionnalité « qualitatif »⁸⁰⁶, parfois appelé « notionnel »⁸⁰⁷, fait intervenir des « termes incommensurables »⁸⁰⁸, autrement dit dépourvus « d'identité de nature »⁸⁰⁹. À l'inverse de la situation précédente, le contrôle est plus subjectif et suppose une plus grande liberté du juge⁸¹⁰. L'exemple le plus célèbre du contrôle de proportionnalité qualitatif est celui de la mise en œuvre des droits fondamentaux⁸¹¹. Toutefois,

⁷⁹⁹ R. Dumas, *thèse préc.*

⁸⁰⁰ Sur la distinction entre proportionnalité mathématique et proportionnalité notionnelle, v. not. M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *op. cit.*

⁸⁰¹ M. Cormier, *thèse préc.*, n° 53 et s., p. 39 et s.

⁸⁰² *Ibid.*, n° 53, p. 39.

⁸⁰³ P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 291 et s., n° 2, p. 292 ; S. Cabrillac, « L'identification légale du cautionnement disproportionné », *art. préc.* ; M. Cormier, *thèse préc.*, n° 54, p. 40.

⁸⁰⁴ M. Cormier, *thèse préc.*, n° 57 et s., p. 42 et s.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, n° 64, p. 40.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, n° 62 et s., p. 45 et s.

⁸⁰⁷ M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *op. cit.*

⁸⁰⁸ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 562, p. 373 ; S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 388 et s. ; M. Cormier, *thèse préc.*, n° 63, p. 45.

⁸⁰⁹ M. Cormier, *thèse préc.*, n° 63, p. 46.

⁸¹⁰ *Ibid.*, n° 64, p. 46.

⁸¹¹ H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016.1376 ; « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *D.* 2018.649 et « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017.656. ; P.-Y. Gautier, « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015.2189 ; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016.137 ; P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016.578 ; T. Marzal, « La Cour de cassation à “l'âge de la balance” », *art. préc.* ; C. Fattaccini, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) », *D.* 2015.1734 ; M. Cormier, *thèse préc.*, n° 65 et s., p. 47 et s. ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 4, p. 5.

on le connaissait déjà en droit civil dans des hypothèses de conciliation d'intérêts, nécessaire dans le silence de la loi⁸¹².

175. Les différentes formes de contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. Le contrôle de proportionnalité est aujourd'hui très utilisé devant la Cour de cassation, autant pour les droits fondamentaux que dans d'autres branches du droit. Trois situations de contrôle de proportionnalité différentes ont ainsi été décrites par la doctrine : d'abord, la proportionnalité, que l'on peut appeler purement « quantitative »⁸¹³ ou mathématique⁸¹⁴ ; ensuite, le contrôle de la « mise en œuvre abusive des prérogatives individuelles », dont l'exemple le plus typique est l'abus de droit, qui s'épanouit non pas contre la loi, mais dans son « silence » ou sa complémentarité – « *praeter legem* » ou « *secundum legem* »⁸¹⁵ ; et enfin, la plus récente, la proportionnalité au regard de la des droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il concerne la loi ou son application⁸¹⁶. Le contrôle de proportionnalité rassemble désormais des réalités différentes, plus ou moins conformes au fonctionnement traditionnel de notre ordre juridique.

B. Le contrôle de proportionnalité pour l'application des droits et libertés fondamentaux

176. Le contrôle de proportionnalité lié aux droits et libertés fondamentaux. L'exigence de proportionnalité intervient dans les principes qui organisent la protection des libertés, dont elles « constituent un terrain privilégié »⁸¹⁷. Elle se présente ainsi comme une « limite à l'appréciation souveraine ou discrétionnaire de l'administration ou du législateur »⁸¹⁸ ; le contrôle de proportionnalité est plus généralement un « principe de limitation du pouvoir »⁸¹⁹, qu'il soit public ou privé. On doit à la Cour constitutionnelle

⁸¹² F. Chénéde, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021.1142, n° 2.

⁸¹³ M. Cormier, *thèse préc.*, n° 53 et s., p. 39 et s.

⁸¹⁴ V. not. J.-B. Seube, « Le contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 86 ; M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *op. cit.* ; P. Puig, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, n° 4, p. 94 ; P. Muzny, *thèse préc.*, n° 10, p. 27 ; M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *op. cit.*, n° 6, p. 5.

⁸¹⁵ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 2.

⁸¹⁶ *Ibid.* ; F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 35 et s., p. 39 et 40. V. aussi pour les prémisses des théories sur la pondération des intérêts, F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, préf. R. Saleilles, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 1919, n° 59, p. 159. Pour une autre présentation, v. D. Fenouillet, « Le modèle du droit privé français », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018, n° 32 et s.

⁸¹⁷ X. Philippe, *thèse préc.*, p. 105.

⁸¹⁸ M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *op. cit.*, spéc. p. 3.

⁸¹⁹ M. Behar-Touchais, « Conclusion », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* colloque du 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 68 et s., spéc. p. 69. V. aussi M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *art. préc.*

allemande d'avoir structuré sa mise en œuvre en trois étapes : adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict⁸²⁰. Apparue dans l'ordre interne en droit administratif⁸²¹, en particulier dans le contentieux des mesures de police⁸²², dont l'arrêt *Benjamin* constitue l'une des premières manifestations⁸²³, la pratique du contrôle de proportionnalité dans la mise en œuvre des droits et libertés s'est étendue au juge judiciaire. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸²⁴, ainsi que du Conseil constitutionnel⁸²⁵, qui applique désormais cette méthode⁸²⁶, fut en ce sens déterminante.

177. Polysémie de l'expression « contrôle de proportionnalité ». Il est désormais classique de rappeler que le modèle du contrôle de proportionnalité dans le cadre de l'application des droits fondamentaux s'est forgé sur la pratique de la Cour constitutionnelle allemande selon les trois principales étapes d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict⁸²⁷ de la mesure examinée. L'adéquation renvoie en quelque sorte à la « cohérence interne »⁸²⁸ de la règle, c'est-à-dire la « pertinence »⁸²⁹ du lien entre la mesure prise et le but qu'elle poursuit. La nécessité invite, quant à elle, à vérifier à la fois l'utilité et l'efficacité de la mesure, parfois jusqu'à s'assurer que le même objectif n'aurait pas pu être atteint par un autre moyen moins intrusif pour les droits et libertés⁸³⁰. Enfin, l'étape de proportionnalité au sens strict, aussi appelée balance des intérêts⁸³¹, consiste en l'analyse précise de l'équilibre entre

⁸²⁰ X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 6 et 7 ; V. G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 160 et s. ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10 ; R. Bousta, « Contrôle constitutionnel... », *art. préc.*, n° 26 à 28 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier Cons. const.*, n° 22, juin 2007.

⁸²¹ J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988.434 ; G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », *art. préc.* ; G. Xynopoulos, *thèse préc.* et X. Philippe, *thèse préc.*

⁸²² B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 648, p. 872.

⁸²³ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413 : L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA* 2016.1398, mais les auteurs précisent que dans ce cas, il s'agissait de pallier le silence de la loi : « l'exigence de proportionnalité est purement jurisprudentielle et procède justement de l'absence de règle déterminant par avance les mesures que peut prendre l'administration ».

⁸²⁴ P. Muzny, *thèse préc.* ; P. Ducoulombier, *thèse préc.* ; S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.* V. aussi A. Marketou, « Analyse de proportionnalité et raisonnement au cas par cas dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cah. méth. jur.*, *RRJ* 2018.1865.

⁸²⁵ G. Xynopoulos, *thèse préc.* ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.* ; X. Philippe, *thèse préc.*

⁸²⁶ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 230, p. 171.

⁸²⁷ V. G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 160 et s. ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10 ; R. Bousta, « Contrôle constitutionnel... », *art. préc.*, n° 26 à 28 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

⁸²⁸ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76 : l'auteur utilise notamment l'exemple du principe d'égalité ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 44 ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s.

⁸²⁹ X. Philippe, *thèse préc.*, p. 44.

⁸³⁰ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 247 et s., p. 190 et s. ; G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 162 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3 ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10.

⁸³¹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 292 et s., p. 219 et s. ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10.

l'atteinte aux intérêts particuliers portés par le droit fondamental et l'objectif poursuivi. L'expression « contrôle de proportionnalité » est par conséquent équivoque : elle désigne tantôt le raisonnement dans son ensemble – proportionnalité dite *au sens large* – tantôt simplement sa dernière étape – proportionnalité *au sens strict*⁸³². Dans le premier des cas, l'expression est parfois employée à tort comme synonyme de « contrôle de conventionnalité »⁸³³, ce qui apparaît comme une forme de synecdoque juridique : le contrôle de conventionnalité désigne tout contrôle de conformité entre une règle interne et un engagement international ; le contrôle de proportionnalité, qui n'est d'ailleurs pas cantonné au contrôle de conventionnalité⁸³⁴, désigne dans ce contexte uniquement le contrôle effectué au regard des droits et libertés fondamentaux, le plus souvent sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme.

C. Contrôle de proportionnalité *in concreto* et contrôle *in abstracto*

178. Distinction entre le contrôle de conventionnalité *in concreto* et *in abstracto*.

L'évolution de l'examen de la loi au regard des droits fondamentaux a fait apparaître une distinction entre contrôle de proportionnalité dit *in abstracto*, qui se porte sur la conformité de la norme en elle-même⁸³⁵, et contrôle dit *in concreto*⁸³⁶, qui concerne quant à lui

⁸³² Cette distinction est aujourd'hui largement admise, on la retrouve notamment dans le document *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité – Cour de cassation – Rapport 2020*, site Internet C. cass., p. 7 : la Cour de cassation affirme que la proportionnalité est la « dernière étape du contrôle de conventionnalité » ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 219.

⁸³³ V. *Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, B. Pireyre (dir.), déc. 2018, site Internet C. cass.

⁸³⁴ M. Cormier, *thèse préc.*, n° 53 et s., p. 39 et s.

⁸³⁵ L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* : le contrôle *in abstracto* « conduit à vérifier si l'on peut affirmer que le choix du législateur est par lui-même contraire à la norme supérieure, soit en totalité, soit pour un ensemble de situations juridiques qui peut être abstraitement défini, la loi étant alors inconventionnelle en tant qu'elle régit cet ensemble ».

⁸³⁶ Sur la distinction, v. F. Chénéde, « Des dangers de l'équité selon les droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014.179, n° 5 ; L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* : « conduit le juge à se demander si la loi, bien qu'abstraitement conventionnelle, ne devrait pas être écartée dans le cas d'espèce si, au regard des circonstances propres de l'affaire, son application conduit à un résultat incompatible avec une norme internationale ». Cette distinction semble aujourd'hui presque unanimement invoquée : C. Arens, « Le contrôle de proportionnalité », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 128 et s., spéc. p. 129 : « il ne s'agit pas d'écarter une norme parce qu'elle est contraire à un engagement international mais de l'écarter lorsque, au regard de la mise en balance des intérêts en cause, l'application de la norme au cas d'espèce apparaît disproportionnée », ce qui peut conduire à écarter, en raison des conséquences individuelles de son application, une loi qui a pourtant été déclarée *abstraitement conforme* à la Convention et aussi C. Arens, « Discours de la première présidente », in *Cour de cassation – Rapport public 2019 – Le contrôle de conventionnalité*, site Internet C. cass., p. 12 ; v. également X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015.8 ; A. Lacabarats, « La réflexion de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 76 et s., spéc. p. 79 ; H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle... », *art. préc.*, n° 1 : « le contrôle de proportionnalité permet de faire la balance entre intérêt général et intérêts particuliers non plus *in abstracto* mais *in concreto*, dans un cas particulier et à partir d'une situation particulière » ; D. Botteghi et A. Lallet, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA* 2010.2416.

« l'application » de la norme⁸³⁷. La distinction entre ces deux approches serait apparue pour la première fois dans le *Traité de droit constitutionnel* de Léon Duguit⁸³⁸. Du point de vue des juridictions internes, le contrôle *in abstracto* correspondrait au contrôle de conventionnalité tel que classiquement pratiqué par la Cour de cassation depuis l'arrêt *Jacques Vabre* en 1975. Par exemple, dans un arrêt du 25 mars 1987, où était contestée la compatibilité du divorce pour rupture de la vie commune avec le droit à la vie privée et familiale, les juges se contentèrent d'affirmer 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁸³⁹. Le contrôle de conventionnalité *in concreto* correspondrait quant à lui à une nouvelle forme de contrôle, plus récente. La plupart des auteurs considèrent que c'est par le désormais très célèbre arrêt du 4 décembre 2013⁸⁴⁰ que fut instaurée cette pratique : refusant d'annuler le mariage célébré entre une femme et le père de son ex-mari sur le fondement de l'article 161 du code civil, les juges estimèrent, écartant l'application du délai de prescription de trente ans applicable à la nullité absolue du mariage, que « le prononcé de la nullité du mariage [des époux] revêtait, à l'égard de [l'épouse], 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 ». Le communiqué relatif à l'arrêt précise en outre que la conventionnalité de la prohibition des mariages entre alliés n'est pas remise en cause par la décision : il s'agissait simplement d'éviter les conséquences de son application sur les droits des parties en l'espèce⁸⁴¹. L'article 161 du code civil n'est donc pas déclaré abstraitement incompatible à la Convention, mais uniquement son application à l'espèce. Des traces de ce contrôle existent cependant avant 2013⁸⁴². Écartant l'insaisissabilité d'une pension de retraite relevant du code des pensions des marins français du commerce, de pêche et de plaisance, une cour d'appel fut approuvée par la Cour de cassation aux motifs que « l'article L. 30 précité constitue, en l'espèce, une mesure discriminatoire, portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété de [la créancière] et que son application contrevient ainsi aux dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1^{er} du premier

⁸³⁷ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 67, p. 15.

⁸³⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1930, t. III, p. 773, sur la différence entre le recours de légalité objectif et subjectif.

⁸³⁹ Civ. 2^e, 25 mars 1987, n° 85-12.262.

⁸⁴⁰ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; v. not. P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061 sur le « contrôle de proportionnalité privatisée ».

⁸⁴¹ Communiqué relatif à l'arrêt n° 1389 Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

⁸⁴² V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017.123 : ainsi, que le souligne Monsieur le président Vincent Vigneau, un raisonnement similaire avait déjà été opéré dans une affaire datant de 2007.

Protocole additionnel à cette Convention »⁸⁴³. L'emploi de l'expression « en l'espèce », et le fait que seule « l'application » de la disposition soit considérée comme contraire à la combinaison des articles 14 et 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention, laissent penser qu'il s'agissait déjà d'un contrôle *in concreto*⁸⁴⁴. Déjà source de critiques dans sa composante *in abstracto*, le contrôle de conventionnalité fut encore davantage fustigé dans sa mise en œuvre *in concreto*. On souligna l'« irrationalité » de la balance des intérêts particuliers dits « incommensurables »⁸⁴⁵. Les critiques furent d'ailleurs « internes », relatives au raisonnement lui-même, tout autant qu'« externes », axées sur son utilisation⁸⁴⁶.

179. Articulation des deux formes de contrôle : les juridictions internes. Le Conseil d'État comme la Cour de cassation semblent n'envisager désormais le contrôle concret que si la norme a été déclarée abstraitement conforme⁸⁴⁷. Ainsi, en principe, dans la jurisprudence de ces deux juridictions, le contrôle abstrait précède le contrôle concret⁸⁴⁸. Une telle pratique est logique : le contrôle concret n'a d'utilité que si le contrôle abstrait révèle la validité de la loi au regard de la Convention ; dans le cas contraire, ladite loi doit nécessairement être écartée, indépendamment du cas d'espèce.

180. Intérêt général concret et intérêt général abstrait. La distinction entre les deux contrôles devrait entraîner une différenciation dans l'identification de l'intérêt général : ce dernier n'est pas nécessairement le même selon que le contrôle adopte une approche concrète ou abstraite⁸⁴⁹. En effet, l'utilisation de l'intérêt général abstrait dans un contrôle concret pourrait mener à une « interférence des niveaux »⁸⁵⁰ au sein des contrôles ; en d'autres termes, la mise en balance entre des intérêts de niveau d'abstraction différent ne semble pas souhaitable. Par conséquent, la combinaison des deux raisonnements devrait conduire à une double identification de l'intérêt général : l'une en fonction de l'objectif qu'a souhaité poursuivre la règle ; l'autre au regard des particularités de l'espèce. Le juge doit donc procéder à un double contrôle : il doit d'une part vérifier la conformité de l'objectif poursuivi par la loi à l'intérêt

⁸⁴³ Civ. 2^e, 3 mai 2007, n° 05-19.439, v. V. Vigneau, « Libres propos d'un juge... », *art. préc.*

⁸⁴⁴ V. V. Vigneau, « Libres propos d'un juge... », *art. préc.*

⁸⁴⁵ Sur l'incommensurabilité : P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 562, p. 373 ; S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 388 et s. ; M. Cormier, *thèse préc.*, n° 63, p. 45 ; E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des chemins – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 183 et s., spéc. p. 190 et 191 ; B. Girard, *thèse préc.*, n° 292, p. 305.

⁸⁴⁶ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 562, p. 373.

⁸⁴⁷ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RDLF* 2019.4.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

⁸⁵⁰ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

général ; d'autre part, il doit examiner l'application de l'enjeu d'intérêt général dans le cas particulier du litige⁸⁵¹. Pour ce faire, les parties ayant vocation à bénéficier de l'application de la loi doivent apporter la preuve de la mise en œuvre de l'intérêt général dans le litige en cas d'application de la loi et celle de l'alignement entre leur intérêt et celui de l'application de la loi. Il s'agit alors de « concrétiser » l'objectif poursuivi par la loi en observant sa mise en œuvre dans les faits de l'espèce. Pour s'en tenir à l'exemple le plus célèbre⁸⁵², nous évoquerons le mariage prohibé appréhendé par l'arrêt du 4 décembre 2013⁸⁵³. Il s'agit tout d'abord d'identifier l'intérêt général abstrait lié à l'application de la loi, qui semblait avoir été énoncé dans les motifs de la Cour d'appel : les « finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial », ainsi que le souci de « préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux⁸⁵⁴. L'intérêt général concret correspond à l'intérêt général abstrait mis en œuvre au moyen des faits du litige : en raison de la présence d'un enfant du premier mariage et de la survie du premier époux, les objectifs abstraits poursuivis par la loi ont toute raison de s'incarner en l'espèce. L'intérêt général concret réside ainsi dans l'intérêt de l'enfant né du premier mariage et dans la stabilité générale de la famille.

§2. LA STRUCTURATION DES ÉTAPES DE CONTRÔLE AUTOUR DE L'OBJECTIF D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

181. L'intérêt général présent à toutes les étapes du contrôle de proportionnalité. Dans le contrôle de proportionnalité, l'intérêt général revêt le double rôle d'élément « de contrôle » et d'élément « contrôlé »⁸⁵⁵. Il intervient à toutes les étapes du raisonnement. Monsieur Jean-Baptiste Duclercq identifie les éléments intervenant dans le contrôle de proportionnalité⁸⁵⁶. L'examen se concentre tout d'abord sur l'objectif de la règle⁸⁵⁷, qui peut ou non être confondu avec le besoin à l'origine de son édicton, et qui peut également rejoindre les

⁸⁵¹ Sur ces points, v. *infra*, n° 245 et s., n° 457 et s., n° 404 et s. et n° 486 et s.

⁸⁵² On pourrait bien sûr se référer à d'autres exemples mais il s'agit d'un des arrêts les plus connus et les plus commentés dans ce domaine.

⁸⁵³ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

⁸⁵⁴ Sur la méthode d'identification de l'intérêt général et ses sources, v. *infra*, n° 268 et s.

⁸⁵⁵ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 384, p. 177 : l'auteur le constate pour le Conseil constitutionnel, mais l'affirmation est toute aussi vraie pour la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, n° 128 et s., p. 67 et s. : l'auteur parle de « composants » de la règle, ce que nous souhaitons nuancer ; il s'agirait selon nous davantage de composants du contrôle que de composants de la règle.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, n° 135, p. 71 : l'auteur parle de « composant intrinsèque », mais nous n'adhérons pas parfaitement à l'idée que l'objectif est un « composant » de la loi, v. *supra*, n° 160 et s.

motifs, ou encore les raisons de son adoption⁸⁵⁸. Ainsi, le cas échéant, l'objectif peut avoir pour rôle de répondre au motif de la règle. L'objectif peut être tantôt une idée, tantôt un résultat recherché. Les motifs et les objectifs constituent l'intention du législateur. La règle s'incarne principalement dans le moyen⁸⁵⁹, qu'on peut aussi appeler la mesure : l'action effectivement dictée par la règle. Elle entraîne enfin des effets, ou conséquences, liés à son application et qui sont extérieurs à elle-même⁸⁶⁰. Tous ces éléments ont vocation à intervenir dans le raisonnement de proportionnalité. Or, le contrôle de proportionnalité est un raisonnement « finaliste »⁸⁶¹ en ce qu'il « s'[ordonne] autour du couple moyen/but »⁸⁶² : il opère une « polarisation » autour de l'objectif de la règle contrôlée⁸⁶³. Il conduit naturellement le juge à s'interroger sur les objectifs poursuivis par la règle⁸⁶⁴. Du point de vue de l'intérêt général, le raisonnement se décline entre le contrôle du but de la mesure – intérêt général « contrôlé »⁸⁶⁵ – (A) et les autres étapes de l'analyse, dans lesquelles l'intérêt général apparaît comme une « norme de contrôle »⁸⁶⁶ : à travers l'examen de l'adéquation (B), de la nécessité (C) et de la proportionnalité au sens strict (D).

A. Le contrôle du but poursuivi par l'ingérence : le contrôle de l'intérêt général

182. Le but poursuivi contrôlé *en soi* dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Le but poursuivi par la mesure fait l'objet d'un contrôle spécifique. Dans le raisonnement de proportionnalité, il est logique que l'objectif soit contrôlé : plus l'atteinte à un droit fondamental est importante, plus l'objectif pour lequel elle est acceptée doit être impérieux⁸⁶⁷. Ainsi, tous les juges chargés du contrôle de la validité de la loi face aux droits

⁸⁵⁸ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 141, p. 74 : « composant extrinsèque ». Sur la distinction entre motifs et but, v. R. Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1048 : distingue également les motifs du but, les premiers étant « objectifs » et le second « subjectif », relevant de « l'intention ». V. aussi G. Pellissier, *thèse préc.*, p. 104.

⁸⁵⁹ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 130, p. 68 : « composant intrinsèque » selon l'auteur.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, n° 146, p. 77 : « composant extrinsèque » selon l'auteur.

⁸⁶¹ X. Philippe, *thèse préc.*, p. 244.

⁸⁶² *Ibid.* p. 242.

⁸⁶³ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 378 et 379, p. 174 et 175 ; P. Muzny, *thèse préc.*, n° 56, p. 61, dit également que « l'objectif ou encore le but poursuivi devient la norme de référence prééminente en fonction de laquelle la Convention est interprétée ».

⁸⁶⁴ T. Marzal, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *art. préc.*, spéc. p. 795 : la proportionnalité « conduit le juge à s'enquérir du caractère "approprié" et "nécessaire" d'un certain régime en tant que *moyen* pour atteindre l'*objectif* visé [...]. Le juge est ainsi obligé de concevoir le droit soumis à son examen comme un instrument au service d'un certain but, et à l'évaluer en tant que tel. Peu importe la nature de la question posée ou le domaine considéré : au crible de la proportionnalité, tout question de buts et de moyens ». Sur les différentes combinaisons de contrôle entre les différentes composantes de la règle, v. J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 154 à 188, p. 80 et s.

⁸⁶⁵ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 384, p. 177 : l'auteur le constate pour le Conseil constitutionnel, mais l'affirmation est tout aussi vraie pour la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ V. R. Alexy, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, vol. 16, issue 4, déc. 2003, p. 436 : « *The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other* ». V. aussi P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 561, p. 372.

fondamentaux exercent un contrôle de l'objectif poursuivi par la mesure. Ce contrôle du but d'intérêt général avant même tout examen de proportionnalité est hérité de la pratique de la Cour constitutionnelle allemande⁸⁶⁸. Ainsi, il faut que l'objectif poursuivi soit conforme à la Constitution⁸⁶⁹ ou que son but soit « légitime » au regard de la Convention⁸⁷⁰. Le contrôle de l'objectif de la loi semble faire écho à l'adage « *Cessante ratione legis cessat ejus dispositio* » : « La loi cesse d'être applicable lorsque sa raison d'être disparaît »⁸⁷¹.

183. Contrôle de l'intérêt général abstrait devant le Conseil constitutionnel.

Devant le Conseil constitutionnel, le contrôle du but poursuivi découle de son « identification »⁸⁷² à partir de l'objectif législatif. Son contrôle n'est en effet axé que sur la norme : il la contrôle abstraitement et par conséquent, la recherche de l'intérêt général ne s'exerce que dans la loi elle-même et les documents qui l'accompagnent⁸⁷³. La situation est la même pour la Cour de cassation exerçant le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. La difficulté de ce travail de recherche réside dans « l'absence d'obligation de formulation de l'objectif législatif »⁸⁷⁴. En effet, l'article 8, alinéa 2, de la loi organique du 15 avril 2009 imposant l'expression des objectifs législatifs dans les études d'impact⁸⁷⁵, ainsi que l'article 7, qui exige un « exposé des motifs » avant le projet de loi⁸⁷⁶, ne concernent pas les propositions de loi⁸⁷⁷. Dans ce dernier cas, le législateur n'est soumis à aucune obligation d'expression de ses objectifs. En outre, ceux qui sont exprimés dans l'étude d'impact et l'exposé des motifs peuvent être modifiés durant la procédure d'adoption de la loi⁸⁷⁸ ou manquer de précision⁸⁷⁹. Les études d'impact et l'exposé des motifs peuvent toutefois éclairer le juge dans la recherche de l'objectif de la règle⁸⁸⁰.

184. Double contrôle abstrait et concret de l'intérêt général par la Cour de cassation sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme. Si devant

⁸⁶⁸ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 138, p. 163 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2014.269, spéc. p. 273.

⁸⁶⁹ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 383 et s., p. 177 et s.

⁸⁷⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 145, p. 221.

⁸⁷¹ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 409, p. 505.

⁸⁷² J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 405, p. 185.

⁸⁷³ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

⁸⁷⁴ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 405 et s., p. 185 et s.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, n° 406 et 408, p. 185 et 186.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, n° 418, p. 192.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, n° 405, p. 185.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, n° 413 et s., p. 189 et s.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, n° 422 et s., p. 194 et s. : l'auteur parle de « l'absence d'obligation de formulation des sous-objectifs de la loi ».

⁸⁸⁰ Sur ce point, v. *infra*, n° 302 et s.

le Conseil constitutionnel, le contrôle de l'intérêt général est purement abstrait, la Cour européenne des droits de l'homme semble privilégier un raisonnement concret. La combinaison, par la Cour de cassation, des raisonnements abstraits et concrets devrait donc la conduire à une double identification de l'intérêt général. L'intérêt général abstrait⁸⁸¹, premier chronologiquement dans le raisonnement, ne devrait pas faire l'objet d'une méthode de détermination différente de celle du Conseil constitutionnel : l'intérêt général est alors un standard adressé au législateur dont la mise en œuvre est contrôlée par le juge. C'est par conséquent l'objectif poursuivi par la règle qui doit être recherché par le juge. En cas de conformité abstraite, le juge doit alors s'atteler à l'examen concret de la mise en œuvre de la norme dans le litige considéré : dans ces circonstances, si l'objectif de la règle, rattaché à l'intérêt général abstrait, constitue évidemment un guide, il s'accompagne d'une appréciation du juge. L'intérêt général concret consiste en effet à déceler l'application de l'objectif dans le litige considéré⁸⁸² et à comprendre en quoi la mise en œuvre de la loi en l'espèce permet d'accomplir l'objectif poursuivi par la loi. On peut ici reprendre l'exemple de l'arrêt du 4 décembre 2013 déjà évoqué : la Cour de cassation doit s'appuyer sur l'objectif de la loi, soit à la fois les « finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial » et la protection des « enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour »⁸⁸³. Une fois cet objectif abstrait identifié, elle s'attache à déterminer l'objectif concret qui revient à la mise en application de l'objectif dans le cas d'espèce : dans les faits du litige, l'intérêt général concret réside à la fois dans la protection de l'enfant issu du premier mariage et dans la préservation de la stabilité familiale.

⁸⁸¹ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

⁸⁸² Sur la distinction entre les conflits de droits entre deux justiciables et le conflit de l'intérêt général avec les droits fondamentaux, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 138, p. 82 : l'auteur appelle à une différenciation entre ces deux situations par une qualification plus précise de chaque conflit. Sur la qualification des conflits de droits, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 138, p. 82 et n° 874, p. 577 : « C'est par une analyse poussée du but légitime poursuivi par l'ingérence que cette identification [du conflit] doit s'effectuer. Par ce travail d'analyse fouillée et systématique, la Cour pourra prendre conscience de la particularité du litige et ainsi éviter de mettre l'accent sur un seul des droits en conflit » (v. aussi, n° 875, p. 578). Toutefois, nous nous éloignons de sa vision sur le fait qu'en réalité parfois, les deux conflits ne sont pas exclusifs l'un de l'autre (v. *infra*, n° 243) : il est à noter que l'étude du professeur Peggy Ducoulombier portait sur les conflits de droits devant la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit donc d'un type de litige assez spécifique ; la situation est par conséquent différente de celle de la Cour de cassation qui contrairement à la Cour européenne, exerce le double contrôle *in abstracto* et *in concreto*.

⁸⁸³ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.* ; sur la méthode de détermination et d'identification de l'objectif, v. *infra*, n° 268 et s.

B. L'étape d'adéquation et l'intérêt général

185. Adéquation et intérêt général. Le contrôle de l'adéquation met en relation la mesure prise avec son but, par hypothèse d'intérêt général⁸⁸⁴. En effet, il s'agit de s'assurer de la « cohérence interne » de la mesure prise⁸⁸⁵ ; autrement dit, de vérifier que les moyens employés sont « pertinents »⁸⁸⁶ au regard de l'objectif poursuivi, de contrôler l'« aptitude »⁸⁸⁷ des moyens employés à atteindre l'objectif, du « lien rationnel »⁸⁸⁸ qui les unit. On parle aussi parfois de contrôle de « l'appropriation » de la mesure à l'objectif visé⁸⁸⁹. À ce stade, le contrôle est purement « interne », il ne fait intervenir aucune norme extérieure⁸⁹⁰. Ce n'est donc plus ici seulement l'intérêt général qui est contrôlé, mais le moyen, c'est-à-dire le mécanisme de la mesure, par l'intermédiaire de l'objectif de la règle⁸⁹¹. L'intérêt général n'est alors plus seulement un élément « contrôlé », mais un élément « de contrôle »⁸⁹².

186. Adéquation abstraite et adéquation concrète. Le contrôle de l'adéquation abstraite n'a pas exactement le même effet que celui de l'adéquation concrète. Le premier est véritablement un contrôle de la qualité de la norme, tandis que le second n'envisage cet examen que dans le cas particulier : au regard du litige, et de l'enjeu d'intérêt général concret qu'il soulève, la règle permet-elle d'atteindre le but qu'elle s'est fixé ? Par exemple, la loi permet-elle de protéger l'intérêt de la partie qui devrait bénéficier de son application ? Ainsi, en reprenant l'exemple de l'arrêt du 4 décembre 2013⁸⁹³, le juge peut constater qu'abstraitemment, interdire le mariage entre l'épouse et son ex-beau-père est adéquat pour maintenir la stabilité familiale et protéger les enfants issus des différentes unions. Concrètement, l'application de la loi est également adéquate en l'espèce, en présence de l'ex-époux, ainsi que d'un enfant issu du premier mariage, sans compter l'implication éventuelle d'autres membres de la famille qu'il appartiendrait aux parties de démontrer.

⁸⁸⁴ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10.

⁸⁸⁵ G. Merland, *thèse préc.*, p. 272 ; v. aussi J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s., dans sa thèse qui parle de « proportionnalité interne » de la loi pour désigner ce contrôle ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76.

⁸⁸⁶ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

⁸⁸⁷ G. Xynopoulos, « Proportionnalité », *Dictionnaire de la culture juridique*, S. Rials et D. Alland (dir.), PUF, coll. « Quadrige », 1^{re} éd., 2003, p. 1251 ; G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 160.

⁸⁸⁸ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 168-1, p. 218 ; *comp.* C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 857, qui considère que la distinction entre l'objectif et le moyen est « de pure convenance ».

⁸⁸⁹ L'expression est notamment employée par J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 669, p. 302 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 218 ; S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 224 et s., p. 174 et s.

⁸⁹⁰ V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 1997.227, spéc. p. 237.

⁸⁹¹ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 162 et s., p. 83 et s. : l'auteur appelle cela un « circuit vertical ».

⁸⁹² *Ibid.*, n° 384, p. 177.

⁸⁹³ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

C. L'étape de nécessité et l'intérêt général

187. Nécessité et intérêt général. La nécessité, dans le contrôle de proportionnalité, renvoie en quelque sorte à l'étude du besoin à l'origine de la mesure quant au but poursuivi. Elle se décline en un contrôle de la nécessité « restreinte »⁸⁹⁴, qui se contente d'observer la relation de besoin entre la mesure et le but afin d'estimer son utilité et son efficacité, et un contrôle de nécessité plus approfondi qui invite quant à lui à étudier si, au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, une autre mesure moins attentatoire aux libertés n'aurait pas pu être adoptée⁸⁹⁵. À l'inverse du contrôle de l'adéquation qui serait un contrôle « interne », le contrôle de la nécessité serait un contrôle « mixte », à la fois interne et externe⁸⁹⁶. La nécessité peut donc prendre deux formes : dans son acception restreinte, il s'agit de l'étude de la relation entre le besoin à l'origine de la règle et son objectif⁸⁹⁷ ; dans sa composante étendue, il s'agit d'une version accentuée de l'étude de la relation entre le moyen et l'objectif, auquel s'ajoute une composante d'opportunité⁸⁹⁸. Ici encore, l'intérêt général permet le contrôle plus qu'il n'est contrôlé⁸⁹⁹.

188. Nécessité concrète et nécessité abstraite. Là encore, il est possible de distinguer le contrôle abstrait de la nécessité et son contrôle concret. La nécessité abstraite peut être décelée de plusieurs manières : les travaux préparatoires de la loi peuvent constituer un guide, mais également le texte lui-même ou encore le contexte de son adoption⁹⁰⁰. En outre, le juge peut mettre à jour la nécessité, si les circonstances font qu'elle a évolué depuis l'édiction de la loi. À l'inverse, dans le contrôle concret, il s'agit d'étudier si la règle trouve encore sa nécessité dans les circonstances du contentieux, éventuellement au regard de l'intérêt à

⁸⁹⁴ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3 : Cons. const., 9 mai 2001, n° 2001-444 DC, cons. 5 ; également : V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC* 2007.269, n° 50. Sur l'évolution, v. V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 50. En effet, dans des écrits plus anciens (not. V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC* 2001.67, n° 17 et 18), l'auteur voyait dans l'absence de recherche d'une mesure moins attentatoire le signe de l'absence de contrôle de nécessité, malgré quelques exceptions (n° 27). Pour une présentation différente de la place de la nécessité, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 269 et 305.

⁸⁹⁵ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 247 et s., p. 190 et s. ; G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 162 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3 : Cons. const., 9 mai 2001, n° 2001-444 DC, cons. 5 ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10 et n° 46 et 47.

⁸⁹⁶ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 306, p. 140.

⁸⁹⁷ *Ibid.* n° 177 et s., p. 88 et s. : il s'agit d'un mécanisme à la fois interne et externe, qu'il qualifie de « combinaison binaire ».

⁸⁹⁸ *Ibid.*, n° 162 et s., p. 83 et s. : l'auteur appelle cela un « circuit vertical ».

⁸⁹⁹ *Ibid.*, n° 384, p. 177.

⁹⁰⁰ Ce qui rejoint le recours à différentes méthodes d'interprétation pour déceler l'objectif de la loi, sur ce point, v. *infra*, n° 793 et s.

appliquer le texte au litige. Par exemple, dans le cas de l'arrêt du 4 décembre 2013⁹⁰¹, l'interdiction des mariages entre alliés apparaît nécessaire en soi pour empêcher les atteintes à la stabilité familiale et à la situation des enfants. Si l'on retient l'approche « étendue » de la nécessité⁹⁰², il semble que la prohibition du mariage est la moins intrusive des atteintes aux libertés, en ce que la loi n'allait pas jusqu'à proscrire les relations de fait. Pour ce qui est de l'approche concrète, l'application de la loi était ici nécessaire pour protéger la stabilité familiale, dont le présent litige illustre la fragilité, ainsi que pour protéger l'enfant. Dans sa composante étendue, l'application de la loi apparaît un moindre mal par rapport à une interdiction pure et simple de toute relation amoureuse entre l'ex-beau-père et son ex-bru.

D. L'étape de proportionnalité au sens strict et l'intérêt général

189. Proportionnalité au sens strict et intérêt général. La dernière étape, dite de proportionnalité au sens strict⁹⁰³, qui donne son nom à l'ensemble du raisonnement, consiste à s'assurer que la mesure ne porte pas une atteinte démesurée aux intérêts particuliers auxquels elle s'applique⁹⁰⁴. Elle invite à s'interroger sur deux choses : tout d'abord l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers liés aux droits fondamentaux et ensuite l'effet concret de la mesure, soit la situation des intérêts directement touchés par son application. Elle s'attache donc précisément à la comparaison entre les effets de la mesure et son objectif⁹⁰⁵. Elle est considérée par beaucoup d'auteurs comme équivalente à la mise en balance des intérêts, bien que cette dernière expression ne désigne à proprement parler qu'une partie du raisonnement de proportionnalité au sens strict⁹⁰⁶. Il s'agit de vérifier que l'ingérence « [n'impose] pas de charges démesurées par rapport au résultat recherché »⁹⁰⁷. Le professeur Édouard Dubout estime que le contrôle de proportionnalité au sens strict se décline en trois éléments : le « degré d'atteinte à l'intérêt », le « degré d'importance de l'intérêt concurrent » et la réponse au point

⁹⁰¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

⁹⁰² S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 247 et s., p. 190 et s. ; G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 162 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3 : Cons. const., 9 mai 2001, n° 2001-444 DC, cons. 5 ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10 et n° 46 et 47.

⁹⁰³ V. S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 292 et s., p. 219 et s.

⁹⁰⁴ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

⁹⁰⁵ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 184 et s., p. 91 et s. : l'auteur parle de « relation entre le moyen et l'effet par truchement de l'objectif ».

⁹⁰⁶ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 313 et s., p. 235 et s. ; J.-Y. Chérot, « La proportionnalité entre théorie politique et raisonnement selon le droit », *RRJ* 2017.1903, spéc. p. 1905 ; P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 557 et s., p. 370 et s. ; D. Szymczak, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruylant, 2012, p. 445 et s., spéc. p. 452.

⁹⁰⁷ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10.

de savoir « si le degré d'importance de cet intérêt justifie le degré d'atteinte à l'autre intérêt »⁹⁰⁸. Ce contrôle implique donc de mesurer à la fois l'importance des intérêts les uns par rapport aux autres et les effets concrets de la mesure sur ces derniers. C'est souvent à cette étape que, dans un contrôle *in concreto*, la mesure, bien que justifiée par son objectif, cède face aux intérêts des requérants, en particulier devant la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰⁹. Il s'agit en effet de « mettre en balance d'un côté l'intérêt général motivant la limitation d'une liberté, et de l'autre, le droit fondamental qui la protège »⁹¹⁰. L'intérêt général se trouve donc comparé avec les intérêts particuliers et intervient également dans cette dernière étape de raisonnement : il est ici à la fois un élément « contrôlé » et un élément permettant le contrôle⁹¹¹.

190. Proportionnalité *stricto sensu* abstraite et concrète. Encore une fois, le contrôle se révèle assez différent selon que la mise en balance est abstraite ou concrète. Dans le premier cas, l'intérêt général en tant qu'objectif poursuivi par la loi est mis en balance avec tous ses intérêts contraires, envisagés abstraitement, qu'ils aient ou non été imaginés par le législateur⁹¹². Au besoin, le juge peut rechercher l'intérêt justifiant le maintien de la loi, s'il est distinct de celui ayant guidé l'édiction de la loi. Si la règle réussit l'examen abstrait, elle devra se soumettre à cette même mise en balance de manière concrète : l'intérêt général concret se manifeste par l'application au litige de l'intérêt général abstrait⁹¹³. Il s'agit d'incarner l'intérêt général dans le litige et, notamment, de le rattacher aux intérêts de celle des parties qui bénéficie de l'application de la loi. Enfin, si les circonstances s'y prêtent, le juge peut procéder à un bilan de tous les intérêts en présence, en incluant ceux qui découlent plus indirectement de l'application de la loi, en les rattachant à des droits fondamentaux, afin d'identifier les éventuels conflits de droits qui auraient été occultés par l'opposition entre la loi et le droit fondamental⁹¹⁴. Si l'on reprend l'exemple de l'arrêt du 4 décembre 2013⁹¹⁵, la balance abstraite des intérêts inclurait l'intérêt général abstrait, précédemment identifié par les juges ainsi que l'intérêt abstrait des alliés qui souhaiteraient s'unir et leur liberté de se marier. La balance concrète intégrerait, d'une part, l'intérêt de l'ex-époux ainsi que celui de l'enfant issu, du premier

⁹⁰⁸ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189 et 190.

⁹⁰⁹ Sur ce point, v. *infra*, n° 465 et s.

⁹¹⁰ G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 166 et 167.

⁹¹¹ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 384, p. 177.

⁹¹² P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 587, p. 389.

⁹¹³ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

⁹¹⁴ Sur la nécessité de révéler les conflits de droits, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 871 et s., p. 576 et s. Sur ce point, v. aussi, *infra*, n° 826 et s.

⁹¹⁵ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

mariage, et d'autre part l'intérêt de l'épouse, qui a déjà été pris en compte par les juges dans l'arrêt à travers la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention.

191. Conclusion de la section. Le contrôle de proportionnalité touche désormais toutes les branches du droit. Il constitue entre autres le raisonnement privilégié de l'application des droits et libertés fondamentaux. Il s'articule autour de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la mesure examinée. Ce dernier est non seulement contrôlé seul, mais il s'intègre aussi dans les autres étapes de raisonnement que sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict. La limite d'intérêt général est donc omniprésente dans la méthode employée pour mettre en œuvre les droits fondamentaux. Les éléments du contrôle de proportionnalité peuvent être envisagés à la fois *in abstracto* et *in concreto*, ce qui devrait en principe conduire à une double identification de la limite d'intérêt général : abstraite, en tant qu'objectif de la règle étudiée ; concrète lorsqu'elle est ajustée aux circonstances du litige.

192. Le rôle théorique de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux appelle une analyse de la place de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Sa prise en compte apparaît en réalité variable. Ces deux pratiques ont vocation à influencer fortement la Cour de cassation.

SECTION 2 : LA PLACE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

193. La délicate articulation du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité. Dès la décision *Jacques Vabre*, des avertissements furent formulés par la doctrine quant aux dérives possibles de la possibilité donnée au juge ordinaire de contrôler la loi sur le fondement d'un traité international à l'occasion d'un litige. L'une des inquiétudes venait de la meilleure protection offerte à l'exigence conventionnelle par rapport à la norme constitutionnelle⁹¹⁶. Aujourd'hui encore, si les deux contrôles subissent des influences mutuelles, « il ne saurait pour autant y avoir en la matière de lien automatique »⁹¹⁷. La Cour européenne ne s'estime pas liée par les constatations des juges internes, même en matière

⁹¹⁶ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.7, p. 40.

⁹¹⁷ P. Deumier, « QPC... », *art. préc.*, spéc. p. 507.

constitutionnelle⁹¹⁸. Réciproquement, « la constitutionnalité d'une loi ne fait, en aucun cas, présumer de sa conventionnalité »⁹¹⁹. Le Conseil constitutionnel fait explicitement la distinction en estimant que « le contrôle de conformité des lois à la Constitution, [...] incombe au Conseil constitutionnel » tandis que « le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, [...] incombe aux juridictions administratives et judiciaires »⁹²⁰ ; aussi, « le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité »⁹²¹. Le Conseil déclare par ailleurs ne pas devoir prendre en compte l'interprétation conforme de la loi au regard des conventions internationales dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité⁹²². Par conséquent, aucune des deux institutions ne s'impose l'obligation de s'aligner sur l'autre⁹²³. L'appréciation portée sur l'intérêt général demeure donc tributaire de la pratique de chaque juge. D'ailleurs, bien que proches et tendant à se rapprocher encore davantage, les principes et champs d'application respectifs des droits garantis par la Convention et par la Constitution ne coïncident pas parfaitement⁹²⁴, ce qui explique certaines divergences d'appréciation⁹²⁵. Pour rééquilibrer le conflit, la question de constitutionnalité se voulut « prioritaire »⁹²⁶. Certains fustigent pourtant la lenteur de ce

⁹¹⁸ CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal et Gonzales c. France*, n° 24846/94, 34165/96, 34166/96, v. C. Berthier, *L'exercice du contrôle de conventionnalité par les juges judiciaires*, dir. F. Chénéde, thèse dactyl. Rennes I, 2022, n° 73, p. 122.

⁹¹⁹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 73, p. 122.

⁹²⁰ Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, cons. 13, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 73, p. 122. Pour un exemple de décision d'inconstitutionnalité après un arrêt de la Cour de cassation concluant à la conventionnalité de l'article : Crim., 30 avr. 1996, n° 95-82.500 déclare l'article 575 du code de procédure pénale ; Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23 QPC, déclare le texte contraire à la Constitution ; v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 73, p. 122.

⁹²¹ *Idem*.

⁹²² Cons. const., 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC, cons. 8 à 11. V. P. Deumier, « Interprétation conforme... », *art. préc.*, spéc. p. 91 : « Pour pouvoir prononcer l'inconstitutionnalité du texte, et pousser ainsi le législateur à intervenir, le Conseil va donc faire comme si le remède porté par l'interprétation conforme n'existait pas, ce qui consiste ni plus ni moins à réintroduire fictivement dans le droit positif l'atteinte aux droits fondamentaux pour mieux la re-sanctionner ».

⁹²³ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 73, p. 122.

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ Sur une proposition d'unification des solutions par un système de « précédent équivalent », v. J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017.821, spéc. p. 825 ; v. aussi C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 531, p. 536. D'autres envisagent de faire entrer la question prioritaire de constitutionnalité dans les procédures obligatoires et de l'intégrer à l'obligation d'épuisement des voies de recours interne pour l'intégrer encore davantage à la subsidiarité nationale : J. Andriantsimbazovina, « Point de vue », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 357 et s., spéc. p. 361 ; *contra*, B. Favreau, « Intervention », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 357 et s., spéc. p. 379.

⁹²⁶ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 278, p. 347, sous réserve du droit de l'Union européenne. V. encore, Cons. const., 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC, cons. 8 à 11 et P. Deumier, « Interprétation conforme... », *art. préc.*, spéc. p. 88 et s. D'ailleurs, certains auteurs souhaitent accroître place du Conseil constitutionnel : Madame Cécile Berthier propose ainsi que la déclaration d'inconventionnalité

mécanisme, source de tentations dilatoires de la part de plaideurs malicieux⁹²⁷. Les domaines respectifs des deux contrôles – exclusivement *in abstracto* pour la question de constitutionnalité ; à la fois *in abstracto* et *in concreto* pour le contrôle de conventionnalité – semblent faire du second un outil plus complet et plus efficace pour les justiciables⁹²⁸. Contre elle, la question de constitutionnalité a également la modulation de l’effet dans le temps, qui peut se retourner contre celui qui la soulève. Elle dispose toutefois d’un atout procédural : la possibilité de soulever le moyen pour la première fois devant la Cour de cassation, ce qui est plus incertain pour le moyen d’inconventionnalité⁹²⁹. Cependant, à l’inverse de l’inconventionnalité, l’inconstitutionnalité ne peut être relevée d’office par les juges⁹³⁰, qui ne peuvent soulever d’autres griefs que ceux invoqués par les parties⁹³¹. Les deux méthodes semblent en fin de compte entretenir leur complémentarité⁹³².

194. La Cour de cassation a vocation, dans l’exercice du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, à s’inspirer des pratiques du Conseil constitutionnel (§1) et de la Cour européenne des droits de l’homme (§2). C’est pourquoi l’analyse de leurs méthodes peut être intéressante pour comprendre la place de l’intérêt général et l’influence de ces pratiques sur celle de la Cour de cassation.

in abstracto puisse justifier la transmission d’une question prioritaire au Conseil constitutionnel, quitte à considérer cette déclaration comme une circonstance nouvelle (*thèse préc.*, n° 289, p. 432). De même, elle suggère la saisine spontanée du Conseil si, sans réaction de la part du législateur en cas d’« interpellation judiciaire » (n° 267 et s., p. 406 et s.), la loi n’a pas été abrogée, le Conseil seul ayant ce pouvoir (n° 290, p. 433), ou en cas de condamnations de conventionnalité *in concreto* multiples (n° 290, p. 434) ou encore dans l’hypothèse d’arrêts-pilotes (n° 290, p. 433).

⁹²⁷ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 278, p. 349.

⁹²⁸ *Ibid.*, n° 279, p. 351. Sur un appel à la concrétisation du contrôle par le Conseil constitutionnel, v. L. Gay, « Repenser le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, E. Cartier, L. Gay et A. Viala (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », p. 119 et s.

⁹²⁹ S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015.278, n° 9 et 10. Sur ce point, v. *infra*, n° 589 et s.

⁹³⁰ J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste sur le non-renvoi des QPC par les cours suprêmes », in *Le non-renvoi des QPC – Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d’État*, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2018, p. 17 et s., spéc. p. 20. Contrairement à l’inconventionnalité : Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : les juges avaient relevé d’office l’article 8 de la Convention. V. aussi J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 21.

⁹³¹ J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 20. Contrairement au contrôle de conventionnalité : J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 21. On peut ici encore faire référence à Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : les parties s’étaient fondés sur l’article 12 de la Convention, la Cour de cassation releva d’office l’article 8.

⁹³² S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 2.

§1. LE CONTRÔLE AU REGARD DU BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ

195. Le Conseil constitutionnel privilégie un contrôle abstrait, essentiellement « interne »⁹³³, axé sur la cohérence entre la règle et son objectif (1). La Cour de cassation opte pour un raisonnement plus léger, parfois assez sommaire, comme le montrent les premiers arrêts de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité (2).

A. Le Conseil constitutionnel : un contrôle abstrait très centré sur l'objectif de la loi

196. L'intérêt général : notion centrale de la jurisprudence constitutionnelle. L'intérêt général occupe une place centrale dans la jurisprudence constitutionnelle, malgré son absence dans le texte de la Constitution de 1958⁹³⁴. Issu de l'interprétation des textes du bloc de constitutionnalité⁹³⁵ davantage que de l'exégèse constitutionnelle⁹³⁶, l'intérêt général constitue devant le Conseil constitutionnel un véritable critère de validité de la loi, de manière bien plus explicite que devant toute autre institution.

197. La pratique du Conseil constitutionnel : une méthode inspirée du Conseil d'État et imprégnée d'intérêt général. L'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel révèle des liens étroits avec les méthodes du juge administratif, et plus particulièrement du Conseil d'État⁹³⁷. Les méthodes de ce dernier, ainsi que son vocabulaire, semblent ainsi avoir été partiellement transposés dans les motifs du juge constitutionnel⁹³⁸. Cet héritage explique sans doute la place de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel.

⁹³³ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s.

⁹³⁴ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 3 : l'auteur décrit « une notion quasi-absente des textes à valeur constitutionnelle. En effet, les textes du bloc de constitutionnalité ne comportent aucune référence à l'intérêt général. Seules les notions apparentées sont citées. Ainsi sont mentionnées l'utilité publique ou l'avantage de tous dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; dans le corps même de la Constitution de 1958 sont évoqués les intérêts nationaux ou encore les intérêts de la République » ; J.-E. Schœttl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 375 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 59.

⁹³⁵ G. Merland, *thèse préc.*, p. 60 et s.

⁹³⁶ R. Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité... », *art. préc.*, n° 18.

⁹³⁷ F. Moderne, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, colloque Rennes, 20 et 21 sept. 1996, G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *Economica*, p. 67 et s., spéc. p. 71 ; B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 646 et s., p. 900 et s., en particulier en matière de police administrative. Sur le Conseil constitutionnel comme juge de « l'excès de pouvoir législatif », v. G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers Cons. const.*, n° 1, déc. 1996, n° 8 ; l'auteur précise que si le juge constitutionnel est un juge de l'excès de pouvoir, il n'est pas un juge de « recours ». V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 138, p. 163 : si le Conseil d'État s'emploie à examiner « le rapport entre les motifs de fait et de droit » de l'acte administratif, le Conseil constitutionnel s'intéresse plutôt au « rapport entre la mesure prise et les objectifs poursuivis » dans l'acte législatif.

⁹³⁸ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 134-1, p. 159 et s. Sur la constitutionnalité interne, par opposition à la constitutionnalité externe, v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 140-1, p. 165. Sur les autres raisonnements que le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le Conseil constitutionnel, v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 180, p. 236. Sur le cas particulier

198. L'affirmation de la compétence du législateur par le Conseil constitutionnel. Bien que situé à l'avant-garde du contrôle des lois au regard des droits fondamentaux dans l'ordre interne, le Conseil constitutionnel réaffirme régulièrement la compétence du législateur pour l'édiction de la loi et le choix des enjeux qu'elle doit poursuivre. Il emploie pour cela une très célèbre formule de principe, fréquemment rappelée dans ses décisions : « l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; [...] cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit »⁹³⁹. Tout porte ainsi à croire que le Conseil garde une conscience aiguë de la répartition des rôles entre le législateur et le juge, à qui incombe le simple contrôle de la loi.

199. Les premières apparitions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. L'intérêt général est un critère ancien dans la pratique du Conseil constitutionnel. On trouve déjà l'expression dans une décision du 23 février 1970⁹⁴⁰, par référence au texte contrôlé qui prévoyait qu'« il est établi dans chaque département une liste des monuments naturels et des sites dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, *un intérêt général* »⁹⁴¹.

du contrôle des droits-créances : V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 180 et s., p. 236 et s. ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 681, p. 309 ; R. Fraisse, « Le Conseil constitutionnel... », *art. préc.*, spéc. p. 64 ; E. Putman et C. Prieto, « Typologie... », *art. préc.*, spéc. p. 892 et 893. *Contra* : V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum* 2012, n° 7, p. 5, à propos du droit à la santé. Sur la Charte de l'environnement : K. Foucher, « L'apport de la QPC en droit de l'environnement », in *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, K. Foucher (dir.), Dalloz, 2020, p. 127 à 142, spéc. p. 140 et 141. Sur l'utilisation du contrôle de la qualification juridique des faits, notamment pour le principe d'égalité et la privation de propriété et le lien avec le contrôle de proportionnalité : V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 155 à 158, p. 203 à 208 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 270 ; M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 165 ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, 2015, n° 211, p. 101 et n° 882 à 886, p. 407 à 409. En outre, le contrôle de proportionnalité a parfois remplacé d'autres contrôles, tels que celui de la dénaturation : V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *art. préc.*, spéc. p. 62. Le plus souvent cela concerne le droit de propriété, qui « en conflit avec l'intérêt général », à l'image d'autres « droits économiques » tels que la liberté d'entreprendre, font l'objet d'une moindre protection : N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 19, p. 17 et v. Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC, cons. 5. Sur les droits de la 3^e génération : V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 180, p. 237. Sur la formulation d'objectifs dans la loi sous forme de droits : E. Putman et C. Prieto, « Typologie... », *art. préc.*, spéc. p. 892 et 893. Sur leur caractère davantage lié à celui d'objectifs à atteindre pour le législateur : V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *art. préc.*, spéc. p. 85. Il y a toutefois des exceptions : V. Goesel-Le Bihan, « ...technique de protection des libertés publiques ? », *art. préc.*, spéc. p. 5, à propos du droit à la santé.

⁹³⁸ Cons. const., 23 févr. 1970, n° 70-59 L, cons. unique.

⁹³⁹ V. par ex. Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, cons. 5.

⁹⁴⁰ Cons. const., 23 févr. 1970, n° 70-59 L, cons. unique.

⁹⁴¹ Art. 4, al. 1^{er} (aujourd'hui abrogé) de la loi du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque (nous soulignons).

Quelques années plus tard, dans une décision constitutionnelle du 12 juillet 1979⁹⁴², le Conseil constitutionnel fait référence à l'intérêt général pour la mise en œuvre du principe d'égalité.

200. Un critère quasiment absent des textes constitutionnels. La prise en compte de l'intérêt général par le Conseil constitutionnel est d'autant plus surprenante que les textes du bloc de constitutionnalité ne se font que peu l'écho de l'expression⁹⁴³. Si l'exigence de l'objectif d'intérêt général résulte tacitement des textes, c'est la construction jurisprudentielle du Conseil constitutionnel qui lui a donné sa place explicite⁹⁴⁴. Ainsi, la poursuite de l'intérêt général a désormais le statut d'« exigence constitutionnelle »⁹⁴⁵ attachée à la loi.

201. Le contrôle de proportionnalité devant le Conseil constitutionnel. Le contrôle de proportionnalité constitue devant le Conseil constitutionnel⁹⁴⁶ « une forme de contrôle de la qualification juridique des faits »⁹⁴⁷. Il est désormais régulièrement effectué par les Sages, bien qu'il ne soit pas nécessairement imposé par les textes⁹⁴⁸, ni expressément consacré par la jurisprudence constitutionnelle en tant que principe⁹⁴⁹. À l'image du contrôle du juge administratif, il est susceptible de degrés⁹⁵⁰. Un tournant fut observé lors de la décision

⁹⁴² Cons. const., 12 juill. 1979, n° 79-107 DC, cons. 4.

⁹⁴³ Si ce n'est sous forme de notions voisines : A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 3, citation préc. ; J.-E. Schoettl, « Intérêt général et Constitution », *art. préc.*, spéc. p. 375.

⁹⁴⁴ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 29.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 28 et 29.

⁹⁴⁶ Le contrôle de proportionnalité devant le Conseil constitutionnel a déjà fait l'objet de nombreuses études aussi complètes que variées : X. Philippe, *thèse préc.*, p. 10 : la distinction a également pu être faite à cet égard entre le « contrôle de la proportionnalité » et celui « de proportionnalité ». X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 6 : distingue la proportionnalité normative (présente dans la loi) de la proportionnalité interprétative, raisonnement employé à l'initiative du juge, indépendamment de la règle. J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s. ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 77 et s. : proportionnalité interne (cohérence interne de la règle) ; M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *art. préc.* Sur les différentes combinaisons et éléments du contrôle : J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 130 à 188, p. 68 à 92 : l'étude de toutes les « composantes » de la norme législative : il distingue les « composants intrinsèques », que sont les moyens et les objectifs des « composants extrinsèques », les motifs et les effets. Il détaille ainsi toutes les combinaisons de contrôle en fonction des différents éléments contrôlés.

⁹⁴⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 163, p. 213.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, n° 164, p. 214 ; v. cependant X. Philippe, *thèse préc.*, p. 84 : donne des exemples de textes pouvant laisser une place à la proportionnalité, sans parler des textes qui l'appellent expressément – nécessité des délits et des peines notamment. V. aussi M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 164 et 165.

⁹⁴⁹ M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 164.

⁹⁵⁰ Dans le contentieux administratif, sur les différents degrés de contrôle : B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 1159 et 1160, p. 1560 et s., v. aussi B. Seiller, *Droit administratif – Tome 2 : L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs université », 8^e éd., 2021, p. 274, considère que le contrôle maximum n'existe pas. En ce qui concerne le contentieux constitutionnel : G. Merland, *thèse préc.*, p. 292 à 297 ; V. Goesel-Le Bihan, « ...défense et illustration d'une théorie générale », *art. préc.*, n° 42, 44 et 46 ; L. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 : rappelle cette distinction qu'il avait proposée en 1986 (L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP* 1986.395, spéc. p. 493 et 494) ; V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154, p. 191 et 192. Dans le contentieux constitutionnel : variations liées aux arguments soulevés par la saisine : J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 702 et s., p. 321 et s. ; le niveau de technicité de la décision (*ibid.*, n° 714 et s., p. 327 et s.) l'auteur réalise un classement de l'importance de ces différents facteurs pour influencer le niveau de

du 21 février 2008 relative à une loi sur la rétention de sûreté, énonçant pour la première fois de manière explicite le recours aux trois étapes du contrôle de proportionnalité à la manière de la Cour constitutionnelle allemande⁹⁵¹.

202. Un contrôle de proportionnalité abstrait devant le Conseil constitutionnel.

La répartition entre le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto* varie selon la place institutionnelle du juge et son office. Bien qu'effectué à l'occasion d'un litige, le contrôle du Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité apparaît nécessairement abstrait⁹⁵² : il est effectué indépendamment de l'espèce⁹⁵³ – contrairement notamment à l'office de la Cour européenne des droits de l'homme – et toujours sur la compatibilité de la loi en elle-même à la norme constitutionnelle⁹⁵⁴. Si certains auteurs s'interrogent sur la « concrétisation » du contentieux des questions prioritaires de constitutionnalité et sur les liens que la décision pourrait entretenir avec le litige à l'origine de la saisine⁹⁵⁵, rien dans le raisonnement ne révèle de prise en compte des circonstances précises

contrôle (*ibid.*, n° 753 et 754, p. 345 et 346) : engorgement jurisprudentiel + contrainte temporelle < poids de la jurisprudence antérieure < griefs de la saisine < technicité des dispositions législatives < enjeux sociétaux de la loi, mais dans l'ensemble l'intensité serait faible par rapport aux variables inhérentes à la norme de référence ; ou encore la gravité de l'atteinte portée par la mesure aux droits et libertés fondamentaux : (n° 737 et s., p. 337 et s.). La « faisabilité » de la mise en œuvre de la règle entre également en ligne de compte (n° 677, p. 307), le caractère explicite de la norme de référence (n° 678, p. 307), ainsi que la gravité de l'atteinte portée par la mesure (n° 737 et s., p. 337 et s.). V. aussi V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, « ...technique de protection des libertés publiques ? », *art. préc.*, spéc. p. 8 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 172, p. 224 ; P. Gervier, *thèse préc.*, n° 618, p. 187 ; n° 623, p. 188 ; n° 643 et s., p. 193 à 196 et n° 848 et s., p. 249 et s.

⁹⁵¹ R. Bousta, « Contrôle constitutionnel... », *art. préc.*, n° 40. Sur l'influence de la Cour EDH sur le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de proportionnalité, v. P. Gervier, *thèse préc.*, n° 897 et s., p. 266 et s.

⁹⁵² J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », in *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, colloque 12 déc. 2014, J. Arlettaz et J. Bonnet (dir.), Pédone, p. 23 et s., spéc. p. 24 ; L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* ; P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.* ; E. Dubout, « L'efficacité structurelle... », *art. préc. Contra D. Fallon*, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », *RBDC* 2017.129. Pour une critique de ce contrôle *in abstracto*, v. L. Gay, « Repenser le contrôle concret », *art. préc.* V. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 9, p. 12.

⁹⁵³ V. déjà B. Girard, *thèse préc.*, n° 278, p. 290 : le Conseil constitutionnel « n'est pas saisi d'un litige particulier ».

⁹⁵⁴ E. Geffray, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, n° 316734, p. 30 : compare le caractère *in abstracto* du contrôle de conventionnalité à celui du contrôle de constitutionnalité : « le point de départ du contrôle de conventionnalité n'est jamais totalement "in abstracto" (là où le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* peut être déclenché dès lors que la norme est applicable au litige) ». Pour une critique de ce postulat : E. Dubout, « L'efficacité structurelle... », *art. préc.*

⁹⁵⁵ V. not. L. Gay, « Repenser le contrôle concret... », *art. préc.* ; J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.* ; J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*, spéc. p. 28 et 29. Sur le caractère concret du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, v. aussi M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part du concret et la part de l'abstrait », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 38, janv. 2013, p. 211 et s. ; P. Puig, « La question constitutionnelle : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010.66. À ce titre, prenons l'exemple de la modulation des effets dans le temps de l'abrogation : l'argument est à double tranchant (E. Dreyer, « Recevabilité d'un moyen "CEDH" développé pour la première fois devant la Cour de cassation », *JCP G* 2013.699), il peut ainsi arriver que la décision d'inconstitutionnalité dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité n'ait d'effet que pour l'avenir

du contentieux. Par extension, le raisonnement de filtre effectué par la Cour de cassation est également abstrait⁹⁵⁶. Bien que posées à l'occasion d'un litige, les questions n'invitent pas à un contrôle *in concreto*, la question devant nécessairement être formulée de manière abstraite et générale, et porter sur la conformité de la loi aux droits et libertés que la Constitution garantit. Cependant, la « possibilité de contester une disposition législative abrogée mais applicable au litige » permet de préserver l'équilibre entre le maintien du contrôle *in abstracto* et l'attractivité du mécanisme pour les justiciables qui n'agiraient pas exclusivement dans l'intérêt de la loi⁹⁵⁷, en particulier dans un contexte de concurrence d'application entre la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁵⁸. La logique n'est donc pas exclusivement objective et tend également à prendre en compte l'« effectivité »⁹⁵⁹ de la protection des droits et libertés, à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme. Quoiqu'il en soit, et malgré les hypothèses qui ont pu être formulées à cet égard, il appert que le Conseil constitutionnel n'a nul besoin d'identifier un intérêt général concret, son contrôle n'étant officiellement qu'abstrait et aucun indice dans le raisonnement ne permettant d'affirmer le contraire. La recherche de l'intérêt général porte ainsi exclusivement sur l'objectif poursuivi par la règle.

203. Ainsi, le Conseil constitutionnel, outre un contrôle de proportionnalité abstrait axé sur la cohérence⁹⁶⁰ de la norme (1), procède à la qualification de l'intérêt général et à une classification des différents enjeux (2).

et ne profite pas à celui qui l'a soulevée (J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*, spéc. p. 28 et 29), ce qui peut parfois donner l'impression d'une sorte de « recours dans l'intérêt de la loi » (F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 8) pour le justiciable qui ne bénéficierait pas de l'inconstitutionnalité qu'il aurait lui-même soulevée. À l'inverse, la modulation ne pourrait-elle pas intervenir en raison des circonstances du litige ?

⁹⁵⁶ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 71, p. 119. *Contra* J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*, spéc. p. 31 et 32 qui estime que le contrôle de la Cour de cassation glisse vers un contrôle plus concret en matière de filtre QPC.

⁹⁵⁷ J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*, spéc. p. 30.

⁹⁵⁸ V. *supra*, n° 193. F. Fourment, « Information sur le droit de se taire : l'article 6 de la Convention, écran au renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, n° 29, 3 sept. 2019, p. 57 et s. : évoque l'application d'une sorte d'« écran conventionnel », qui à l'image de la théorie de la loi-écran, déjoue la question de constitutionnalité. Pour quelques références supplémentaires : P. Wachsmann, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit, en hommage au professeur Jean-François Flauss*, Pedone, 2014, p. 797 et s. ; *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme – Entre autonomie et convergence*, R. Tinière (dir.), Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 115, 2017.

⁹⁵⁹ J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*, spéc. p. 30.

⁹⁶⁰ G. Merland, *thèse préc.*, p. 272 ; v. aussi J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s. dans sa thèse qui parle de « proportionnalité interne » de la loi pour désigner ce contrôle ; également A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76.

1. Qualification et classification de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel

204. La prise en compte croissante de l'objectif poursuivi dans le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel donne une place privilégiée à l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux en contrôlant l'objectif poursuivi par le législateur⁹⁶¹. Le contrôle de proportionnalité comprend explicitement celui du but poursuivi, à l'occasion de toutes les étapes, mais aussi en tant que tel, comme élément de conformité de la norme contrôlée⁹⁶². Tout se passe comme si la pratique du Conseil constitutionnel s'orientait vers une « polarisation du contrôle » autour de l'objectif législatif⁹⁶³ qui exerce en quelque sorte sur le raisonnement une « force centripète »⁹⁶⁴. L'intérêt général est ainsi toujours contrôlé, d'une manière ou d'une autre, dès lors qu'une restriction est apportée à un droit ou une liberté du bloc de constitutionnalité⁹⁶⁵. En outre, le Conseil fait varier le degré d'importance de l'intérêt général, en fonction du droit ou de la liberté considéré.

205. L'enjeu d'intérêt général poursuivi comme critère de l'importance du droit ou de la liberté considéré. Louis Favoreu avait distingué les droits et libertés selon leur « rang » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : les droits et libertés de « premier rang » bénéficiaient d'une protection plus importante que ceux de « second rang »⁹⁶⁶. Bien qu'aujourd'hui les contours de la distinction ne soient plus exactement d'actualité⁹⁶⁷, elle demeure une référence, ne serait-ce qu'en termes de vocabulaire⁹⁶⁸. Selon cette présentation, les droits et libertés de premier rang ne peuvent être limités que par une mesure poursuivant un

⁹⁶¹ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 272 : « Désormais, toutes les restrictions apportées aux droits et libertés [...] font l'objet d'un contrôle de l'objectif poursuivi ». Certaines méthodes du Conseil constitutionnel ne mettent pas du tout en œuvre l'intérêt général, on peut citer par exemple la violation directe de la Constitution : V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 153-1, p. 189 (ex. de la violation de la non-rétroactivité de la loi pénale), car cela ne laisse pas de place à l'appréciation du juge. À nuancer cependant : J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 675, p. 306, l'auteur fait référence à la distinction du professeur Petr Muzny sur le « niveau d'obligatorité/prescriptivité » (n° 676, p. 307) qui laisse un plus ou moins large appréciation au juge (P. Muzny, *thèse préc.*, n° 171, p. 140).

⁹⁶² J.-Y. Chérot, « Les formulations d'objectifs... », *art. préc.*, spéc. p. 898. Selon J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 377, p. 173 : l'analyse de l'objectif permet en effet de réduire l'écart entre la loi très précise et la norme constitutionnelle très abstraite.

⁹⁶³ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 378 et 379, p. 174 et 175.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, n° 339, p. 158.

⁹⁶⁵ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, n° 69.

⁹⁶⁶ La distinction est née de L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *art. préc.*, spéc. p. 493 et 494.

⁹⁶⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 130, p. 151.

⁹⁶⁸ La distinction est née de L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *art. préc.*, spéc. p. 493 et 494, et fut abondamment reprise et semble être devenue une référence : V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, spéc. p. 270 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 270 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-1, p. 192 et s. Pour un classement différent des droits et libertés en fonction des limitations possibles, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 139 et s. (l'auteur classe différemment les libertés entre protection « atténuée » ou « renforcée »).

enjeu coïncidant avec un objectif ou une règle de valeur constitutionnelle⁹⁶⁹. À l'inverse, les droits et libertés dits de second rang peuvent être limités par un enjeu d'intérêt général sans qualification constitutionnelle⁹⁷⁰, dont le Conseil contrôle plus ou moins le contenu. Enfin, une figure de protection intermédiaire est apparue avec la censure des lois à effet rétroactif : certains droits et libertés ne peuvent être limités que par un motif d'intérêt général « suffisant » ou « impérieux », qui ne revêt pas nécessairement de valeur constitutionnelle⁹⁷¹.

206. Le plus haut degré de protection : la limite exclusivement admise en raison d'un objectif d'intérêt général de valeur constitutionnelle. Les droits et libertés « de premier rang » ne tolèrent de restrictions que « justifiées par un *motif de valeur constitutionnelle* » et « *strictement proportionné à l'objectif qu'elle[s] poursui[ven]t* »⁹⁷² : le contrôle de proportionnalité est alors « entier », c'est-à-dire « jamais restreint à la sanction des seules disproportions manifestes »⁹⁷³. Parmi les droits et libertés « valorisés »⁹⁷⁴, figure la liberté de communication, rattachée à « l'objectif constitutionnel de “maintien et de développement” du “pluralisme des courants d'idées et d'opinions” »⁹⁷⁵, dont l'« importance intrinsèque » est liée à son statut de « condition d'exercice des autres droits et libertés d'une part », et de « “condition” et “fondement de la démocratie” d'autre part »⁹⁷⁶. De même, la liberté

⁹⁶⁹ La distinction est née de L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *art. préc.*, spéc. p. 493 et 494 et plus tard L. Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37. Elle fut abondamment reprise et semble être devenue une référence : V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, spéc. p. 270 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 270 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-1, p. 192 et s. Pour un classement différent des droits et libertés en fonction des limitations possibles, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 139 et s. (l'auteur classe différemment les libertés entre protection « atténuée » ou « renforcée »).

⁹⁷⁰ V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, spéc. p. 270 ; V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 238 : « en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil, seule l'atteinte à un principe constitutionnel doit être justifiée, selon le cas, par la poursuite d'un objectif à valeur constitutionnelle ou par un intérêt général. La simple mise en œuvre de tels principes ou l'adoption d'une loi qui ne porte pas atteinte à de tels principes peut avoir lieu en vue de réaliser tout objectif, pourvu qu'il soit considéré comme légitime par le législateur lui-même ». V. aussi V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 270 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-2, p. 194 et s.

⁹⁷¹ V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, spéc. p. 284, c'est le cas notamment de la séparation des pouvoirs et du droit à un recours juridictionnel, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; v. aussi V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 270 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-3, p. 196 et s.

⁹⁷² V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 127, p. 150.

⁹⁷³ *Ibid.*, n° 127, p. 150 et n° 171, p. 222 : l'auteur souligne qu'un doute a pu survenir sur le niveau de protection de la liberté de communication, aujourd'hui levé selon toute vraisemblance, n° 154-1, p. 192 : « dans les décisions ultérieures, [l'exigence de recours à un objectif à valeur constitutionnelle] n'apparaît plus de façon explicite, alors même qu'un objectif de valeur constitutionnelle est en l'occurrence poursuivi [...] l'exigence d'un tel motif étant passé sous silence au profit d'une explicitation et d'un renforcement de celle de proportionnalité » mais cela semble résulter d'une confusion entre « le régime des restrictions apportées à l'exercice d'une liberté et celui des mesures qui la mettent en œuvre » (l'auteur souligne), aujourd'hui résolue.

⁹⁷⁴ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 127, p. 150.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ *Ibid.*

individuelle, « entendue largement » car englobant « l’inviolabilité du domicile et de la correspondance, la liberté d’aller et de venir et certains aspects du droit au respect de la vie privée », fut longtemps traitée comme une liberté valorisée⁹⁷⁷. Le Conseil semble assumer parfaitement l’existence de ce degré de protection, ainsi qu’en témoigne le commentaire officiel de deux décisions du 23 juillet 2015, à propos de la liberté d’expression : « Comme il l’a rappelé dans sa décision HADOPI I [...], le Conseil constitutionnel subordonne la conformité à la Constitution des atteintes portées à cette liberté à une triple condition de nécessité, d’adaptation et de proportion à l’objectif poursuivi, *objectif qui doit relever d’une autre règle ou principe de valeur constitutionnelle* »⁹⁷⁸.

207. Le moindre degré de protection, héritier des droits et libertés « de second rang ». Les droits et libertés les moins protégées souffrent des limitations justifiées par un « simple » enjeu d’intérêt général, sans valeur constitutionnelle⁹⁷⁹, et encadrées par un contrôle de proportionnalité souvent moins détaillé, parfois même limité à l’erreur manifeste⁹⁸⁰. Le contrôle de l’exercice d’une mesure moins attentatoire n’est jamais exercé, il est souvent limité à la vérification de l’adéquation et de la proportionnalité au sens strict⁹⁸¹. Sont concernés le principe d’égalité, le droit de propriété⁹⁸², la liberté d’entreprendre⁹⁸³, la liberté contractuelle⁹⁸⁴, le « pluralisme des courants d’idées et d’opinions »⁹⁸⁵, le « principe de responsabilité pour faute »⁹⁸⁶, le droit au recours⁹⁸⁷, le droit de suffrage⁹⁸⁸, le droit au respect de la vie privée⁹⁸⁹ et la libre administration des collectivités territoriales⁹⁹⁰. L’identification de l’enjeu d’intérêt général est très libre et le Conseil en admet une grande diversité. Il se contente souvent d’un

⁹⁷⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 127, p. 151 : elle subit aujourd’hui d’importantes atténuations, liées à des changements de circonstances : « d’autres lignes de partage que le droit en cause semblent en effet entrer en ligne de compte dans le processus de détermination du niveau de protection qui lui est reconnu : seules les lois autorisant des mesures privatives de liberté, c’est-à-dire des atteintes graves à la liberté individuelle *stricto sensu*, continuent de faire aujourd’hui l’objet d’un contrôle approfondi, celles qui autorisent des restrictions à la liberté individuelle *lato sensu* ne faisant le plus souvent l’objet que d’un contrôle restreint » (l’auteur souligne).

⁹⁷⁸ Commentaire officiel de Cons. const., 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC et 2015-714 DC, p. 12, nous soulignons ; v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-1, p. 193.

⁹⁷⁹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 128, p. 151.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, n° 128, p. 151 ; V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 4 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

⁹⁸¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 176, p. 229.

⁹⁸² Sur la diversité des motifs d’intérêt général qui peuvent être invoqués pour limiter le droit de propriété, v. M. Rolain, *thèse préc.*, n° 445, p. 302 et 303.

⁹⁸³ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 128, p. 151.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, n° 154-2, p. 194.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ *Ibid.*

simple contrôle manifeste de l'intérêt général et montre parfois même une certaine indifférence à l'enjeu poursuivi, décelable par des formules telles que : « le législateur *a pu*, pour satisfaire aux prescriptions des dispositions précitées du Préambule de 1946, choisir de créer une nouvelle branche de sécurité sociale sans commettre, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, d'*erreur manifeste* constitutive d'une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'entreprendre »⁹⁹¹. La vérification de l'existence de l'enjeu existe cependant et s'accompagne sans doute d'un examen du contenu : dans une décision du 20 juillet 2000, au sujet de la restriction de la chasse, le Conseil constitutionnel souligne l'absence de motif d'intérêt général de nature à justifier l'atteinte au droit de propriété dont il est fait grief⁹⁹². Il semble donc qu'aucun mécanisme de protection des droits et libertés, même le plus sommaire, ne soit dépourvu de contrôle de l'enjeu d'intérêt général. Cependant, il semble que le contrôle de la disproportion manifeste s'estompe. La décision de 2022 relative aux incapacités de recevoir à titre gratuit de l'article 909 du code civil semble le suggérer : la question prioritaire de constitutionnalité reprochait au mécanisme de porter atteinte au droit de propriété⁹⁹³. Le Conseil, après avoir vérifié l'existence d'un but d'intérêt général⁹⁹⁴, contrôle la proportionnalité de la mesure dans une analyse qui dépasse le simple manifeste⁹⁹⁵ : il constate d'abord le champ d'application *ratione personae* de l'interdiction⁹⁹⁶, puis se fonde sur la relation entre le patient et le soignant pour constater la constitutionnalité de l'article⁹⁹⁷. Toutefois, le contrôle, fondé sur le droit de propriété, apparaît limité à un examen de l'objectif poursuivi, combiné à la proportionnalité au sens strict⁹⁹⁸.

⁹⁹¹ Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, cons. 21, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 251, nous soulignons.

⁹⁹² Cons. const., 20 juill. 2000, n° 2000-434 DC, cons. 31.

⁹⁹³ Cons. const., 29 juill. 2022, n° 2022-1005 QPC, cons. 4.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, cons. 5 : « en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu assurer la protection de personnes dont il a estimé que, compte tenu de leur état de santé, elles étaient placées dans une situation de particulière vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur prodiguaient des soins. Il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général ».

⁹⁹⁵ Les mots « manifeste » et « manifestement » ne sont pas employés dans la décision.

⁹⁹⁶ Cons. const., 29 juill. 2022, n° 2022-1005 QPC, cons. 6 : « d'une part, l'interdiction contestée ne vaut que pour les libéralités consenties pendant le cours de la maladie dont le donateur ou le testateur est décédé. D'autre part, elle ne s'applique qu'aux seuls membres des professions médicales, de la pharmacie et aux auxiliaires médicaux énumérés par le code de la santé publique, à la condition qu'ils aient dispensé des soins en lien avec la maladie dont est décédé le patient ».

⁹⁹⁷ *Ibid.*, cons. 7 et 8 : « eu égard à la nature de la relation entre un professionnel de santé et son patient atteint d'une maladie dont il va décéder, l'interdiction est bien fondée sur la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve le donateur ou le testateur à l'égard de celui qui lui prodigue des soins » ; « dès lors, l'atteinte au droit de propriété qui résulte des dispositions contestées est justifiée par un objectif d'intérêt général et proportionnée à cet objectif. Le grief tiré de la méconnaissance du droit de propriété doit donc être écarté ».

⁹⁹⁸ *Ibid.*, cons. 8 ; Cons. const., 12 mars 2021, n° 2021-888 QPC, cons. 4 : « 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 des droits de l'homme et du citoyen 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 ». L'objectif poursuivi fait ainsi son apparition dans les éléments permettant de constater la validité de

208. Le degré de protection « intermédiaire ». D'apparition plus récente⁹⁹⁹, certains droits, qui font l'objet d'une protection dite « intermédiaire »¹⁰⁰⁰, admettent des limitations fondées sur un enjeu d'intérêt général qui n'est pas nécessairement constitutionnel, mais qui doit cependant être « suffisant », voire « impérieux »¹⁰⁰¹, et d'un contrôle entier de proportionnalité¹⁰⁰², comprenant les trois étapes¹⁰⁰³. Cette catégorie contient principalement les droits et libertés fondés sur la sécurité juridique et tirés de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁰⁰⁴ – il s'agit principalement du contrôle des règles rétroactives telles que les lois de validation et de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁰⁰⁵. Cette pratique est partiellement inspirée de celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁰⁶. Il s'agit d'une qualification intermédiaire des enjeux qui ne revêtent pas l'importance des objectifs ou principes à valeur constitutionnelle mais qui sont tout de même placés à un degré supérieur par rapport à un simple motif d'intérêt général.

209. Figures « croisées » et souplesse de la présentation. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas une approche systématique de son contrôle et il lui arrive d'appliquer des raisonnements qui ne correspondent pas aux configurations classiques¹⁰⁰⁷. Il existe en effet des « figures croisées »¹⁰⁰⁸ de contrôle : soit certains droits subissent des atteintes qui peuvent être justifiées par un simple objectif d'intérêt général et font l'objet d'un contrôle entier, soit, à l'inverse, ils souffrent des atteintes justifiées par un objectif à valeur constitutionnelle et font l'objet d'un contrôle restreint¹⁰⁰⁹. La première catégorie – les droits

l'atteinte (le droit de propriété faisait auparavant l'objet d'un simple contrôle de la dénaturation, v. *supra*, n° 197 et les réf. citées). Dans les décisions plus récentes, le Conseil constitutionnel exige, pour que les limitations apportées aux lois soient conformes à la Constitution, qu'elles soient « 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 » (Cons. const., 12 mars 2020, n° 2020-888 QPC, cons. 4, par exemple, mais la formule est classique et se retrouve désormais dans toutes les décisions qui mettent en jeu le droit de propriété). De même pour la liberté d'entreprendre : Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC, cons. 5 et Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-701 DC, cons. 43 et la liberté contractuelle : Cons. const., 25 mai 2018, n° 2018-707 QPC, cons. 5 et 7 ; Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-337 QPC, cons. 7 à 9 ; Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-701 DC, cons. 18 à 21.

⁹⁹⁹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 129, p. 151.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 36 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

¹⁰⁰³ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 178, p. 234.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, n° 129, p. 151.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, n° 154-3, p. 199.

¹⁰⁰⁶ V. *infra*, n° 395.

¹⁰⁰⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 179, p. 235 : « les différentes composantes du contrôle de proportionnalité se recoupent parfois, pour ne pas dire qu'elles ne sont pas toujours distinguées avec rigueur ».

¹⁰⁰⁸ V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 15 et s.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

pouvant être limités par un simple intérêt général mais qui sont soumis au contrôle de proportionnalité entier – concerne principalement le droit de propriété, la liberté d’entreprendre¹⁰¹⁰ et parfois, également, le principe d’égalité¹⁰¹¹. La seconde concerne la liberté individuelle dite « au sens large », aussi appelée liberté personnelle, c’est-à-dire incluant le droit au respect de la vie privée, la liberté d’aller et de venir et le droit de mener une vie familiale normale¹⁰¹², à l’exclusion de la liberté individuelle dite « au sens strict », liée au droit à la sûreté, à l’inviolabilité du domicile, au secret des correspondances et à la liberté du mariage, qui s’alignent sur la protection des libertés de premier rang¹⁰¹³. Le recours aux figures croisées n’est pas non plus automatique et peut varier selon les décisions.

210. Ces développements permettent de tirer deux conclusions de la pratique constitutionnelle du contrôle de proportionnalité. Tout d’abord, ce contrôle est toujours corrélé à une étude séparée de l’objectif d’intérêt général ayant égard à son importance substantielle. Ensuite, l’intérêt général est mis en œuvre dans le contrôle de proportionnalité.

2. Le contrôle de proportionnalité abstrait centré sur la norme

211. Le Conseil constitutionnel semble ainsi particulièrement soucieux de la qualité de la norme, ce qui est cohérent avec l’approche abstraite de son contrôle. Les étapes du contrôle privilégient donc une approche détachée du cas particulier et axée sur la « cohérence » de la règle¹⁰¹⁴.

212. L’importance centrale du contrôle de l’adéquation : la cohérence au regard de l’objectif poursuivi. Si le contrôle de l’adéquation¹⁰¹⁵ est systématique dans le contrôle de

¹⁰¹⁰ V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 18.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, n° 19.

¹⁰¹² *Ibid.*, n° 20. V. Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC : première fois qu’apparaît distinctement le « triple test » : le Conseil vérifie que la mesure est « adaptée, nécessaire et proportionnée » à l’objectif poursuivi. Ainsi, la liberté individuelle fait explicitement l’objet du triple test : R. Bousta, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée “*a minima*” ? (À propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *LPA*, 17 juin 2008, n° 121, p. 7 et s. ; V. Goesel-Le Bihan, « La liberté personnelle dans la décision n° 2020-805 DC : entre continuité et innovation », *AJDA* 2020.1817.

¹⁰¹³ V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 20.

¹⁰¹⁴ G. Merland, *thèse préc.*, p. 272 ; v. aussi J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s. dans sa thèse qui parle de « proportionnalité interne » de la loi pour désigner ce contrôle ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76.

¹⁰¹⁵ Pour des études approfondies du contrôle de l’adéquation devant le Conseil constitutionnel : X. Philippe, *thèse préc.*, p. 44 : pour désigner le contrôle de l’adéquation, l’auteur fait quant à lui référence à la « pertinence » ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 168 et 168-1, p. 217 et 218 ; *comp.* C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 857 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 272 ; v. également J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, p. 265 et s. et n° 388 et s., p. 178 et s. ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 77 et s. ; V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 237 ; R. Bousta, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel... », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, « À quoi sert le contrôle de l’adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2017.89, n° 2 ; P. Gervier, *thèse préc.*, n° 627, p. 189.

proportionnalité du Conseil constitutionnel¹⁰¹⁶, quel que soit le degré de protection du droit ou de la liberté considéré¹⁰¹⁷, les contrôles de nécessité et de proportionnalité au sens strict dépendent tantôt du droit ou de la liberté concernée, tantôt de la gravité abstraite de l'atteinte portée par la loi étudiée¹⁰¹⁸, tantôt de la valeur de l'objectif poursuivi¹⁰¹⁹. Cette étape de contrôle, centrale dans la pratique du Conseil constitutionnel, révèle l'importance pour le Conseil de la qualité de la loi par le contrôle de sa « cohérence »¹⁰²⁰. Il intervient particulièrement dans le cadre de la vérification du respect du principe d'égalité devant la loi¹⁰²¹, puisque « la différence de traitement doit être en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁰²². Toutefois, le contrôle de l'adéquation existe également dans d'autres domaines¹⁰²³ : dans une décision de 2005, avant même la première annonce du « triple test », le Conseil affirme que pour respecter l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que le principe d'égalité, la loi doit « fixe[r] [...] des mesures adéquates et proportionnées »¹⁰²⁴.

213. La nécessité devant le Conseil constitutionnel : un élargissement du contrôle. Une partie de la doctrine considère que le Conseil constitutionnel se contente souvent du contrôle de la « nécessité restreinte »¹⁰²⁵ ; il use d'ailleurs régulièrement de la formule classique : « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; [...] *il ne lui appartient donc pas de*

¹⁰¹⁶ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 168, p. 216. Pour des analyses détaillées du contrôle de l'adéquation devant le Conseil constitutionnel, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 271 ; à ce sujet (p. 270 à 274), Monsieur Guillaume Merland voit le contrôle d'adéquation de manière plus restreinte en jurisprudence que la professeure Valérie Goesel-Le Bihan : il limite son application qu'au principe d'égalité, à la libre administration des collectivités territoriales et à la liberté d'entreprendre ; R. Bousta, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel... », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, cette dernière y voit un contrôle de l'adéquation et non de l'appropriation : Cons. const., 13 janv. 1994, n° 93-331 DC, cons. 4 et Cons. const., 6 déc. 1990, n° 90-280 DC, cons. 26. *Contra* G. Merland, *thèse préc.*, p. 270 et s.

¹⁰¹⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 168, p. 217. *Contra* G. Merland, *thèse préc.*, p. 270 et s.

¹⁰¹⁸ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, « ...technique de protection des libertés publiques ? », *art. préc.*, spéc. p. 8 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 172, p. 224 ; P. Gervier, *thèse préc.*, n° 623, p. 188 ; n° 643 et s., p. 193 à 196 et n° 848 et s., p. 249 et s.

¹⁰¹⁹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, p. 219.

¹⁰²⁰ G. Merland, *thèse préc.*, p. 272 ; v. aussi J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s. dans sa thèse qui parle de « proportionnalité interne » de la loi pour désigner ce contrôle ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76.

¹⁰²¹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 270 et s.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 270, v. Cons. const., 7 janv. 1988, n° 88-232 DC, cons. 10. La formule est aujourd'hui incontournable en matière de principe d'égalité.

¹⁰²³ G. Merland, *thèse préc.*, p. 273 et s.

¹⁰²⁴ Cons. const., 15 déc. 2005, n° 2005-528 DC, cons. 15.

¹⁰²⁵ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3 : Cons. const., 9 mai 2001, n° 2001-444 DC, cons. 5. J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 839 à 841, p. 385 et 386.

rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif»¹⁰²⁶. Ainsi, dans une décision du 9 mai 2001, relative à la modification de la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale, le Conseil estime que la prolongation « limitée à onze semaines, apparaît comme strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif de la loi »¹⁰²⁷. Dans cette espèce, la seule vérification effectuée est celle du lien de « nécessité », dans le sens le plus courant du terme, entre le besoin à l'origine de la mesure et son objectif. Il arrive cependant que le Conseil s'essaie à un contrôle de la nécessité « étendue »¹⁰²⁸. Dans la décision *Rétention de sûreté* du 21 février 2008, il considéra qu'« eu égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes »¹⁰²⁹. Ainsi, tout porte à croire que, dans certains cas, le Conseil constitutionnel procède à un contrôle « étendu » de la nécessité¹⁰³⁰.

214. Le contrôle abstrait de la proportionnalité au sens strict devant le Conseil constitutionnel : la vérification des « garanties légales des exigences constitutionnelles ». L'impression de rareté de l'étape de proportionnalité au sens strict¹⁰³¹ dans la jurisprudence

¹⁰²⁶ Nous soulignons. Sur le contrôle de la nécessité : V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 306, p. 140 ; V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 50 ; *comp.* V. Goesel-Le Bihan, « ...défense et illustration d'une théorie générale », *art. préc.*, n° 17 et 18 : dans un premier temps, l'auteur considérait que le Conseil constitutionnel n'effectuait pas vraiment de contrôle de la nécessité de la mesure. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 169 et s., p. 219 et s. : lien avec l'étape de contrôle de proportionnalité au sens strict. V. également G. Merland, *thèse préc.*, p. 305.

¹⁰²⁷ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3 : Cons. const., 9 mai 2001, n° 2001-444 DC, cons. 5.

¹⁰²⁸ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3.

¹⁰²⁹ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, cons. 17 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 170, p. 220. V. aussi Cons. const., 7 août 2020, n° 2020-805 DC, cons. 14 à 20, nous soulignons.

¹⁰³⁰ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 170, p. 220, (expression employée par opposition à celle de « nécessité restreinte » du professeur Valérie Goesel-Le Bihan). La formulation est ainsi utilisée dans une autre décision récente, également relative aux mesures de sûreté : Cons. const., 7 août 2020, n° 2020-805 DC, « Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine », cons. 14. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 170, p. 220 : selon l'auteur, l'intensité du contrôle est justifiée par l'importance de l'atteinte portée. En outre, d'un point de vue sémantique, l'auteur constate qu'est désignée sous le terme de « proportionnalité », le contrôle de la nécessité « restreinte » (n° 170, p. 221).

¹⁰³¹ X. Philippe, *thèse préc.*, p. 44 ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 10 ; R. Boust, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité... », *art. préc.*, n° 26 à 28 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 306, p. 140 ; V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 235 ; V. Goesel-Le Bihan, « ...défense et illustration d'une théorie générale », *art. préc.*, n° 5 ; V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 42 ; V. Goesel-Le Bihan, « À quoi sert... », *art. préc.*, n° 1 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 275.

constitutionnelle¹⁰³² s'explique sans doute par la forme inhabituelle qu'elle prend dans la pratique du Conseil. On décèle en effet sa présence à travers un mécanisme particulier qui est celui de la vérification de l'existence de « garanties légales des exigences constitutionnelles »¹⁰³³. Elle correspond à un grief d'incompétence négative, c'est-à-dire d'une carence dans l'exercice par le législateur de sa propre compétence¹⁰³⁴. Elle se rapproche de la technique des obligations positives devant la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰³⁵. Le Conseil a classiquement recours à la formule suivante : « aux termes de l'article 34 de la Constitution, [...] il est à tout moment loisible au législateur [...] d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, *dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »¹⁰³⁶. Ce raisonnement revient en effet à analyser les conséquences de la mesure sur les intérêts particuliers et l'exercice des libertés. À cette occasion, le Conseil constitutionnel entre dans une « logique de compensation »¹⁰³⁷ : il « [veille] à ce que l'atteinte à la liberté, dont le principe est du même coup validé, soit *compensée* par une série de garanties »¹⁰³⁸, de nature à atténuer les conséquences de l'atteinte et à la rendre proportionnée¹⁰³⁹. Ainsi, même dans l'étape de proportionnalité au sens strict, le Conseil s'en remet à la compétence du législateur,

¹⁰³² V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 235 ; V. Goesel-Le Bihan, « ...défense et illustration d'une théorie générale », *art. préc.*, n° 5 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, « À quoi sert... », *art. préc.*, n° 1. Selon cet auteur, le contrôle de la proportionnalité au sens strict est inclus dans le contrôle de la nécessité. *Contra* G. Merland, *thèse préc.*, p. 275 et 302 (mais les auteurs n'écrivent pas à la même époque). Il est à noter que pour la professeure Valérie Goesel-Le Bihan, les étapes de nécessité et la proportionnalité au sens strict sont envisagées ensemble par le Conseil : V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 169 et s., p. 219 et s. (dans le manuel, les deux étapes sont traitées ensemble).

¹⁰³³ A. Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. M. Verpeaux, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2007, n° 734 et s., p. 394 et s. et n° 740 et s., p. 396 et s., qui rapproche ce mécanisme de l'étape d'adéquation ; R. Bousta, « Contrôle constitutionnel... », *art. préc.*, n° 44. C'est également le cas de J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 986, p. 451 : « l'appréciation des garanties légales des exigences constitutionnelles concerne un rapport entre la loi et la Constitution par le truchement de l'objectif législatif », il y voit un « contrôle de proportionnalité interne de la loi » ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 278 et 279. V. aussi V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 152-6, p. 182 : ce contrôle est l'héritier de l'ancien mécanisme de « l'effet-cliquet ». Sur ce point, v. A. Vidal-Naquet, *thèse préc.* et G. Mollion, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC* 2005.259, n° 16.

¹⁰³⁴ A. Vidal-Naquet, *thèse préc.*, n° 47 et s., p. 41 et s. ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 152-1, p. 178.

¹⁰³⁵ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 157-2, p. 183 ; V. Goesel-Le Bihan, « Les techniques – Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil constitutionnel », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018.

¹⁰³⁶ V. par ex. Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, cons. 5, nous soulignons.

¹⁰³⁷ R. Bousta, « Contrôle constitutionnel... », *art. préc.*, n° 44.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, n° 47.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, n° 48.

par une sorte d'« autolimitation provoquée » de ses pouvoirs¹⁰⁴⁰. Le contrôle, une fois encore, axé sur le caractère complet de la norme plutôt que sur la proportionnalité, s'inscrit dans une logique d'abstraction¹⁰⁴¹. Il arrive également que le contrôle de la proportionnalité au sens strict prenne une forme plus classique : le Conseil vérifie alors l'équilibre entre les « contraintes » ou les « charges » par rapport aux « avantages » de la loi¹⁰⁴².

215. Ainsi, le contrôle du Conseil constitutionnel demeure abstrait. Bien qu'il s'approfondisse dans certaines situations, il ne s'attache qu'à la qualité de la loi et demeure très axé sur l'objectif poursuivi. C'est également dans cette logique abstraite qu'est mis en œuvre le filtrage de la Cour de cassation.

B. Le développement du filtrage devant la Cour de cassation

216. L'appréciation de l'intérêt général à travers l'examen du caractère sérieux de la question. Le mécanisme de la question de constitutionnalité implique un filtrage de nature à empêcher un engorgement du Conseil constitutionnel et à réserver son appréciation aux questions les plus pertinentes. Cette fonction est exercée dans un premier temps par les juges du fond, qui procèdent à une première sélection des questions, avant de les renvoyer, le cas échéant, au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, chargés du verdict de refus ou de transmission. L'article 23-4 de la loi organique du 10 décembre 2009¹⁰⁴³, par renvoi à l'article 23-2, énumère les éléments que le juge doit examiner afin de procéder au filtrage des

¹⁰⁴⁰ S. Dyens et E. Sales, « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *Rev. adm.* 1996.390, spéc. p. 394.

¹⁰⁴¹ Il s'agit d'une forme de contrôle de l'incompétence négative (respect de l'article 34 de la Constitution), v. par ex. Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, cons. 5 : formulation classique « aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant [le domaine de la loi considéré] ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel », qui remplace ce que l'on a longtemps appelé « l'effet cliquet », en référence à la pièce d'horlogerie (v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 152-6, p. 182 ; G. Mollion, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *art. préc.*, n° 25 et 28 : si le Conseil constitutionnel peut admettre la « suppression d'une garantie », il refuse la « privation » de toute garantie). Certains auteurs rattachent ce contrôle à l'étape de la proportionnalité au sens strict : A. Vidal-Naquet, *thèse préc.*, n° 740 et s., p. 396 et s. ; R. Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité... », *art. préc.*, n° 44, qui souligne la « logique de compensation de ce contrôle ». V. également G. Merland, *thèse préc.*, p. 278 : distingue les garanties de fond et celles de procédure et J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 986, p. 451 : « l'appréciation des garanties légales des exigences constitutionnelles concerne un rapport entre la loi et la Constitution par le truchement de l'objectif législatif », il y voit un « contrôle de proportionnalité interne de la loi ». Sur le mécanisme « d'auto-limitation » du Conseil constitutionnel induit par ce mécanisme : S. Dyens et E. Sales, « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *art. préc.*, spéc. p. 394. Pour un rattachement cette fois à l'étape d'adéquation de la mesure, v. V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 44 et A. Vidal-Naquet, *thèse préc.*, n° 734 et s., p. 394 et s.

¹⁰⁴² V. Goesel-Le Bihan, « ...défense et illustration d'une théorie générale », *art. préc.*, n° 11. V. par ex. Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, cons. 30 ; Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, cons. 51 ; Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, cons. 47.

¹⁰⁴³ Loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JO du 11 déc. 2009, p. 21379, n° 1.

questions prioritaires de constitutionnalité. L'article 23-2 pose les conditions de transmission à la Cour de cassation ou au Conseil d'État : l'applicabilité au litige, l'absence de déclaration de conformité préalable de la disposition et enfin la vérification que « la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux »¹⁰⁴⁴. Les éléments à examiner diffèrent en deux points¹⁰⁴⁵ : outre la vérification des critères examinés par les juges du fond, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doivent s'assurer de la « nouveauté » de la question¹⁰⁴⁶ ainsi que de son caractère sérieux qui acquiert une formulation positive ; il ne suffit plus alors de s'assurer que la question « n'est pas dépourvue de caractère sérieux »¹⁰⁴⁷, les juridictions suprêmes approfondissent le contrôle en vérifiant que la question « présente un caractère sérieux »¹⁰⁴⁸. Les deux premiers critères d'examen laissant moins de place à l'appréciation du juge sur la disposition, c'est sur le « caractère sérieux » de la question que se concentre la vérification de l'intérêt général afin de décider de la transmission au Conseil constitutionnel. Il s'agit en effet de l'élément susceptible de mobiliser particulièrement la marge de manœuvre du juge à travers l'analyse de la règle et de sa justification. Dans l'exercice de son office de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité, la Cour de cassation – comme le juge judiciaire du fond –, peut ainsi être amenée à « examiner la qualité et la pertinence de l'objectif d'intérêt général justifiant

¹⁰⁴⁴ Art. 23-2 : « La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État 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. 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'État ou à la Cour de cassation. La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État 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 ».

¹⁰⁴⁵ Art. 23-4 : « Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

¹⁰⁴⁶ Ou encore « caractère nouveau ». L'article 23-4 de la loi organique prévoit que les critères de nouveauté et de sérieux de la question sont en réalité alternatifs en ce que si l'existence d'un seul des deux est constatée, les juridictions suprêmes ont l'obligation de transmettre au Conseil (V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 72-2, p. 74). Cependant, pour que l'obligation de renvoyer s'applique pour le critère de la nouveauté, il faut que la question soit « relative à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application doit être ainsi qualifiée » (*ibid.* ; v. aussi P. Morvan et P. Malaurie, *Introduction au droit*, *op. cit.*, 9^e éd., n° 277, p. 346). En dehors de ce cas, « la juridiction suprême dispose d'une marge d'appréciation, mais ne peut estimer que la seule nouveauté de la contestation de la disposition législative concernée soit suffisante » (V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 72-2, p. 74).

¹⁰⁴⁷ Nous soulignons.

¹⁰⁴⁸ Nous soulignons.

[l']atteinte » aux droits et libertés fondamentaux¹⁰⁴⁹. Le contrôle est cependant plus poussé devant la Haute juridiction que devant le juge de première instance ou d'appel, en raison des exigences textuelles de la loi organique. Le juge peut ainsi en théorie s'abstenir de transmettre la question qui porterait sur une disposition qu'il jugerait suffisamment justifiée. Le juge ordinaire n'est toutefois pas juge de la Constitution au même titre que le Conseil constitutionnel, ce qui rend cette appréciation délicate d'un point de vue institutionnel. L'intérêt général révèle ainsi la position équivoque de la Cour de cassation et des juges judiciaires du fond, dans leur rôle de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité : « juge[s] de droit commun »¹⁰⁵⁰ mais investis d'une mission proche d'un contrôle de constitutionnalité¹⁰⁵¹, ils doivent s'emparer partiellement du contrôle de la loi.

217. L'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel sur la Cour de cassation. L'article 62 de la Constitution de 1958 assoit l'autorité que les décisions du Conseil constitutionnel, leurs motifs, leur dispositif¹⁰⁵² et les réserves d'interprétation auxquelles elles donnent lieu¹⁰⁵³, revêtent envers les « pouvoirs publics », ainsi que les « autorités administratives » et « juridictionnelles »¹⁰⁵⁴. Initialement attachée aux motifs et au dispositif dans le cadre de la seule loi concernée¹⁰⁵⁵, elle s'étend désormais à toutes les dispositions ayant un objet analogue¹⁰⁵⁶. L'autorité de chose examinée a donc nécessairement vocation à s'appliquer au filtre de la question de constitutionnalité : la Cour de cassation tend à s'inspirer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans son appréciation de la loi et de l'intérêt général¹⁰⁵⁷.

218. Devant la Cour de cassation, le contrôle de l'intérêt général devrait donc se situer dans l'étape du filtrage consacrée au contrôle du caractère sérieux¹⁰⁵⁸. Toutefois, dans l'ensemble la motivation des décisions de filtrage est souvent sommaire et peu explicite¹⁰⁵⁹. La

¹⁰⁴⁹ C. Cyteval, *L'office de l'avocat général de la Cour de cassation dans le contentieux de la QPC*, dir. D. Rousseau, thèse dactyl. Paris I, 2019, n° 37, p. 28.

¹⁰⁵⁰ C.-E. Sénac, *L'office du juge constitutionnel – Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, préf. G. Drago, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 145, 2015, n° 162, p. 134 ; J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 20.

¹⁰⁵¹ C.-E. Sénac, *thèse préc.*, n° 162, p. 134.

¹⁰⁵² M. Guillaume, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouv. Cah. Cons. const.*, janv. 2011, n° 30, v. Cons. const., 16 janv. 1962, n° 62-18 L.

¹⁰⁵³ M. Guillaume, « L'autorité des décisions... », *art. préc.*

¹⁰⁵⁴ Art. 62 de la Constitution de 1958, v. M. Guillaume, « L'autorité des décisions... », *art. préc.*, spéc. p. 49.

¹⁰⁵⁵ M. Guillaume, « L'autorité des décisions... », *art. préc.*, spéc. p. 50, v. Cons. const., 16 janv. 1962, n° 62-18 L.

¹⁰⁵⁶ J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 29.

¹⁰⁵⁷ V. *infra*, n° 296.

¹⁰⁵⁸ Le détail du contrôle sera exposé plus loin, v. *infra*, n° 409 et s.

¹⁰⁵⁹ Les auteurs soulignent souvent cette pauvreté de motivation, v. par ex. C.-M. Pégion-Zika, « Chronique de droit privé constitutionnel (juill.-déc. 2018) », *Dr. civ.*, n° 168, 1^{er} mars 2019, n° 5 ; M. Fatin-Rouge Stefanini,

notion d'intérêt général apparut assez vite après l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité : un arrêt d'Assemblée plénière du 18 juin 2010, refusant un renvoi, estima que « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la disposition critiquée, autorisant le preneur d'un bail à usage commercial, en obtenant des délais de grâce, à faire suspendre les effets de la clause résolutoire, répond à un motif d'intérêt général et que sa mise en œuvre est entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes »¹⁰⁶⁰. De même, dans un arrêt du 16 décembre 2010, les juges estimèrent, pour refuser de transmettre, « que la question posée ne présent[ait] pas un caractère sérieux en ce que [...] la loi du 5 juillet 1985 a[vait] instauré un droit à indemnisation pour toutes les victimes d'accidents de la circulation et ce, pour des motifs d'intérêt général [...] »¹⁰⁶¹.

219. Ainsi, la Cour de cassation adopte la proportionnalité et la référence à l'intérêt général, dès les premiers arrêts de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité¹⁰⁶².

§2. LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : L'INTÉRÊT GÉNÉRAL MIS EN BALANCE

220. Une influence institutionnelle de la Cour : l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne. Si les arrêts de la Cour européenne sont en théorie « contraignants » à l'égard de l'État contre lequel ils sont rendus, ils ne peuvent produire « d'effet direct dans les ordres juridiques nationaux »¹⁰⁶³. Par conséquent, ils ne sauraient modifier automatiquement le droit interne, sans intervention des institutions. Cependant, en pratique, les États « s'empressent généralement de modifier leur législation ou

« L'appréciation par les Cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée*, Institut Univ. Varenne, LGDJ, 2015, p. 29 et s., spéc. p. 40 ; M. Fatin-Rouge Stefanini, « Propos introductifs. L'idée d'un contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : intérêts et questionnement », in *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Actes du colloque des 23 et 24 juin 2016, M. Fatin-Rouge Stefanini et C. Severino (dir.), Confluence des droits, p. 13 et s., spéc. p. 14.

¹⁰⁶⁰ Ass. plén., 18 juin 2010, n° 09-71.209.

¹⁰⁶¹ Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n° 10-17.096, nous soulignons. En outre, cette décision évoque l'exigence de proportionnalité. On peut citer encore d'autres exemples, tels que Civ. 1^{re}, 4 mai 2016, n° 14-25.800 : l'arrêt emploie le contrôle de proportionnalité tout en faisant référence à l'intérêt général : « la question posée présente un caractère sérieux en ce que l'exigence, pour bénéficier de l'accès dérogatoire à la profession d'avocat, d'une activité juridique exercée sur le territoire français pendant au moins huit ans, est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre ». Enfin, l'intérêt général fut également invoqué dans une décision de transmission car « en ce qu'elle contest[ait] la loi de validation du 11 décembre 1996, aux motifs qu'elle ne poursuivrait pas un but d'intérêt général suffisant, et n'aurait pas une portée strictement circonscrite, la question présente un caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et du droit à un recours effectif » (Com., 14 déc. 2010, n° 10-40.047, nous soulignons).

¹⁰⁶² Sur ce point pour d'autres développements, v. *infra*, n° 409 et s.

¹⁰⁶³ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 298, p. 378.

leur jurisprudence »¹⁰⁶⁴ à la suite d'une condamnation. Une procédure de « recours spécifique » a en outre été mise en place pour obtenir la révision d'un procès après une censure strasbourgeoise, le plus souvent en droit pénal, mais parfois également en droit civil¹⁰⁶⁵. Elle est prévue par l'article L. 452-1 du code de l'organisation judiciaire, issu de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016¹⁰⁶⁶, qui dispose : « Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, 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 convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. 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 ». En outre, dans un arrêt d'Assemblée plénière du 15 avril 2011¹⁰⁶⁷, à l'occasion d'un litige concernant les conditions de garde à vue, la Cour de cassation s'est engagée à prendre en compte les arrêts de la Cour européenne, y compris quand ils étaient rendus contre d'autres États membres, octroyant aux arrêts une large « autorité de chose interprétée »¹⁰⁶⁸ : « les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »¹⁰⁶⁹. La jurisprudence européenne a par conséquent vocation à influencer bien au-delà de l'État concerné par le recours¹⁰⁷⁰. L'autorité de chose interprétée trouve un fondement textuel à l'article 32 de la Convention qui prévoit que « la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles »¹⁰⁷¹, combiné à l'article 46§1, par lequel les États membres s'engagent à respecter les arrêts rendus par la Cour¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁴ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, op. cit., n° 298, p. 378.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, n° 298, p. 379.

¹⁰⁶⁶ Art. 42, loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁰⁶⁷ Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049.

¹⁰⁶⁸ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, op. cit., n° 298, p. 379.

¹⁰⁶⁹ Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049.

¹⁰⁷⁰ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 28, p. 57.

¹⁰⁷¹ F. Sudre et al., *Droit européen...*, op. cit., n° 250, p. 408.

¹⁰⁷² F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 320, p. 436.

221. La mise en œuvre de l'autorité de chose interprétée. Comment prendre en compte l'arrêt rendu contre un État étranger, aux règles par hypothèses différentes ? Tous les arrêts de la Cour européenne doivent-ils revêtir la même portée ? On a proposé de limiter la prise en compte des solutions européennes à la jurisprudence de la Cour « claire, précise, constante et transposable »¹⁰⁷³. L'extension serait ainsi susceptible de s'appuyer sur la notion de « jurisprudence bien établie de la Cour », à laquelle fait référence le Protocole n° 14 pour admettre la possibilité de rendre des arrêts dans une formation réduite de trois juges¹⁰⁷⁴. La prise en compte des arrêts de la Cour européenne sur le fondement de la stabilité de la pratique jurisprudentielle est en effet un critère ancien¹⁰⁷⁵ de « l'autorité jurisprudentielle de la Cour »¹⁰⁷⁶. Dès lors qu'une règle est retenue dans au moins deux litiges sans être contredite frontalement¹⁰⁷⁷, elle « [fait] corps » avec le texte de la Convention¹⁰⁷⁸. Les exigences de clarté et de sécurité juridique que la Cour impose aux États dans l'édiction des règles s'étendraient ainsi à sa propre jurisprudence¹⁰⁷⁹. Toutefois, il n'est pas certain que ce critère soit véritablement pris en compte par la Cour de cassation ; il ne fait en tout cas l'objet d'aucune mise en œuvre explicite. La professeure Anne Debet constate par exemple qu'il suffit quelquefois d'« un seul arrêt » pour « imposer la mise à l'écart de la norme par le juge » s'il « condamn[e] une loi rigoureusement similaire à la loi française »¹⁰⁸⁰, ce qui affaiblit l'impératif d'une jurisprudence constante. La Cour européenne affirme en outre régulièrement ne pas être liée par ses propres précédents¹⁰⁸¹. En réalité, tout se passe comme si le juge judiciaire restait libre dans son appréciation de la nécessité de prendre en compte de la jurisprudence européenne.

222. La Cour européenne des droits de l'homme articule l'ensemble de son contrôle autour de l'étape finale de proportionnalité au sens strict (A). L'intérêt général est donc principalement mis en balance dans le contrôle. La Cour de cassation, dans la même logique d'imitation, s'efforce dans son contrôle de reproduire fidèlement ces méthodes (B).

¹⁰⁷³ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 298, p. 379. Sur ce point, v. J.-P. Marguénaud, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.* 2011.725.

¹⁰⁷⁴ J.-P. Marguénaud, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière... », *art. préc.*, spéc. p. 729.

¹⁰⁷⁵ E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, préf. G. Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 328.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 327.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 328. V. aussi P. Deumier, « La réception de la conception européenne de la jurisprudence », *RTD civ.* 2015.575 : qui énumère les éléments pris en compte par la Cour européenne elle-même pour qualifier une jurisprudence constante et établie.

¹⁰⁷⁸ E. Lambert, *thèse préc.*, p. 327.

¹⁰⁷⁹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 57, p. 98.

¹⁰⁸⁰ A. Debet, *thèse préc.*, n° 238, p. 254, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 57, p. 97.

¹⁰⁸¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 250, p. 409.

A. La Cour européenne des droits de l'homme : l'étape centrale de balance des intérêts

223. Proportionnalité devant la Cour européenne des droits de l'homme. La proportionnalité demeure très liée, dans l'imaginaire juridique collectif, à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, dont elle matérialise la mise en œuvre¹⁰⁸². La Cour européenne est aujourd'hui unanimement considérée comme ayant poussé le raisonnement de proportionnalité dans ses plus subtils raffinements. Toutefois, l'obligation de recourir à ce raisonnement n'existait pas explicitement dans le texte de la Convention ; c'est la Cour qui, dans l'arrêt dit *Affaire linguistique belge*, jugea que « la Convention implique [...] 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 »¹⁰⁸³, inaugurant un contrôle de proportionnalité qu'elle n'a cessé de développer depuis. L'idée de proportionnalité est en réalité présente en « filigrane »¹⁰⁸⁴ de la Convention ; elle résulte notamment de l'exigence de « nécessité dans une société démocratique »¹⁰⁸⁵, ainsi que de l'article 15 de la Convention relatif aux dérogations en cas de circonstances exceptionnelles¹⁰⁸⁶. À l'inverse, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit explicitement à l'article 52 le recours à la proportionnalité dans la mise en œuvre des droits¹⁰⁸⁷.

224. Un contrôle théoriquement *in concreto*. À première vue, il apparaît que le contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme doit être exclusivement

¹⁰⁸² V. not. J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.*, spéc. p. 826 : « Aucune confusion entre ces deux notions n'est possible, dès lors que le contrôle de proportionnalité s'effectue également en dehors du contrôle de conventionnalité » ; A. Chauvet, « Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge judiciaire à la lumière du droit constitutionnel – Réflexions au regard du principe de la séparation des pouvoirs et du principe d'égalité devant la loi », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 30 et s., spéc. p. 30 : « le “contrôle de proportionnalité” dont il est ici question n'est en fait qu'une méthode du contrôle de conventionnalité [...] et peut-être vaudrait-il mieux employer l'expression de “contrôle conventionnel de proportionnalité” ». Sur la compatibilité entre la proportionnalité et le contrôle de conventionnalité *in abstracto*, v. not. M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.* ; B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », *Annexe II – Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité – Cour de cassation – Rapport 2020*, C. Arens et A.-M. Batut (dir.), juin 2020, p. 15 et s., spéc. p. 16 ; C. Arens, « Le contrôle de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 129.

¹⁰⁸³ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 3 : CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge*, *préc.*, §5.

¹⁰⁸⁴ M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 65.

¹⁰⁸⁵ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 3 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 217 et 218.

¹⁰⁸⁶ M.-A. Eissen, « Le principe de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 65.

¹⁰⁸⁷ Art. 52§1 Charte des droits fondamentaux : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

*in concreto*¹⁰⁸⁸. Une telle affirmation se justifie aisément : la Cour européenne des droits de l'homme est saisie de litiges, par conséquent, de cas particuliers couplés d'un « intérêt à agir »¹⁰⁸⁹. D'ailleurs, la Cour l'affirme elle-même : « selon sa jurisprudence constante, dans une affaire issue d'une requête individuelle introduite en vertu de l'article 34 de la Convention, [la Cour] a pour tâche non pas d'examiner le droit interne dans l'abstrait mais de rechercher si la manière dont celui-ci a été appliqué au requérant a emporté violation de la Convention »¹⁰⁹⁰.

225. La pratique du contrôle de proportionnalité par la Cour européenne révèle la prépondérance de la balance des intérêts au détriment de l'intérêt général (1), dans une approche particulière des étapes classiques du contrôle de proportionnalité peu axée sur l'intérêt général (2).

1. Les figures de contrôle : une balance des intérêts concrets au détriment de l'intérêt général

226. L'intérêt général mis en balance devant la Cour européenne. Le contrôle de la Cour européenne est organisé autour de l'étape de proportionnalité au sens strict, ce qui tend à affaiblir la place de l'intérêt général, qui se trouve alors mis sur le même plan que les intérêts

¹⁰⁸⁸ V. not. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 7 ; B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 21 : « le contrôle pratiqué par la Cour européenne n'a pas, ne peut ni ne doit avoir la même finalité que celui qu'une cour suprême nationale a charge d'effectuer en l'adaptant à sa mission d'uniformisation des règles de droit interne applicables » ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 7. Pour une nuance de ce propos, v. *infra*, n° 457 et s.

¹⁰⁸⁹ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : « La nature du recours individuel explique en grande partie l'office concret de la Cour. À partir du moment où l'article 34 de la Convention européenne précise que la Cour peut être saisie par toute personne s'estimant victime d'une violation de la Convention en droit interne, la dimension concrète du contentieux européen des droits de l'homme s'impose avec la force de l'évidence. Contrairement au requérant étatique, l'individu doit se prétendre effectivement lésé par la violation qu'il allègue. Il doit établir l'existence d'un intérêt personnel à agir » ; v. aussi CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, §39 : « 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 a enfreint ou non la Convention au détriment du requérant ».

¹⁰⁹⁰ CEDH, 15 oct. 2015, *Perinçek c. Suisse*, n° 27510/08, §136, v. M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* Cette impression est renforcée par la logique du principe de subsidiarité qui organise une prévalence du juge ordinaire interne dans l'application la Convention, couplée à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes : F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 219 et s., p. 343 et s. et A. Debet, *thèse préc.*, n° 93, p. 105 : l'auteur parle de « subsidiarité procédurale » et fait référence sur ce point à G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, p. 105, par opposition à la « subsidiarité substantielle », V. aussi sur cette distinction C. Picheral, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 87 et s., spéc. p. 88. En outre, la limitation au contrôle *in concreto* est étayée par l'approche que la Cour européenne a de la notion de « victime » d'une violation : « l'article 34 n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'*actio popularis* et ne les autorise pas à demander à la Cour d'examiner *in abstracto* si une loi est ou non conforme à la Convention » (F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 202, p. 309) ; par conséquent, il faut, pour qualifier l'intérêt à agir, que « les droits du requérant [aient] été lésés d'une manière concrète par une décision ou une mesure interne » (F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 202, p. 309. Cette présentation sera nuancée *infra*, n° 457 et s.).

particuliers¹⁰⁹¹. Cette dernière étape du contrôle de proportionnalité est la seule que l'on retrouve dans toutes les figures de contrôle. Le contrôle est en outre principalement concret¹⁰⁹² et s'articule autour des intérêts envisagés sous l'angle du litige¹⁰⁹³.

227. Première figure : l'examen des « motifs pertinents et suffisants » et leur lien avec l'intérêt général. La première figure de contrôle de proportionnalité concerne les articles dotés d'une clause d'ordre public¹⁰⁹⁴. La mise en œuvre du standard de la « nécessité dans une société démocratique »¹⁰⁹⁵, apparentée à celle du « besoin social impérieux », se décompose ainsi entre l'examen des motifs pertinents et suffisants et le contrôle de proportionnalité au sens strict, ou balance des intérêts¹⁰⁹⁶. Cette étape correspondrait ainsi aux étapes d'adéquation et de nécessité¹⁰⁹⁷. Par conséquent, le terme de « motifs » ne semble pas refléter avec précision l'objet du contrôle : l'adéquation correspond au rapport entre la mesure et son objectif et la nécessité, au caractère indispensable de cette mesure au regard de l'objectif. Or, le terme « motifs » ne semble renvoyer qu'aux justifications de la mesure. Le terme est donc imprécis. L'étude des motifs n'est toutefois pas étrangère à celle des objectifs : il arrive que l'objectif renvoie aux motifs¹⁰⁹⁸. La méthode n'est cependant pas figée et il arrive que la Cour inclue l'examen de la proportionnalité au sens strict dans le contrôle des motifs pertinents et suffisants¹⁰⁹⁹.

228. Deuxième figure : le contrôle de proportionnalité *au sens strict* ou contrôle « réduit ». En principe, un article doté d'une clause d'ordre public fera toujours l'objet d'un contrôle faisant intervenir les trois étapes, sauf dans le cas de la violation d'une obligation positive, où l'examen se limitera au contrôle de proportionnalité *au sens strict* ou contrôle « réduit »¹¹⁰⁰. L'État se trouve alors responsable d'une abstention rendant possible la violation d'un droit de la Convention¹¹⁰¹. Dans ce cas, la Cour se borne au contrôle du « juste équilibre »

¹⁰⁹¹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251. Sur ce point, v. *infra* n° 457 et s. et n° 486 et s.

¹⁰⁹² Malgré quelques nuances, sur ce point, v. *infra*, n° 457 et s.

¹⁰⁹³ Nous n'évoquerons pas ici les droits absolus, signalons simplement que dans ce cas, dans la mesure où ils ne peuvent souffrir aucune restriction, quel que soit le motif d'intérêt général invoqué, la proportionnalité se déplace sur le terrain de la qualification (P. Muzny, *thèse préc.*, n° 350 et s., p. 262 et s.). Sur la distinction entre « proportionnalité-interprétation » et « proportionnalité-appréciation » de S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 83 et s., p. 77 et s. et n° 146 et s., p. 118 et s., v. *supra*, n° 50.

¹⁰⁹⁴ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 29.

¹⁰⁹⁵ F. Jacquemot, *thèse préc.*

¹⁰⁹⁶ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 25.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, n° 26.

¹⁰⁹⁸ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 141, p. 74. Sur la distinction entre motifs et but, v. R. Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1048 : distingue également les motifs du but, les premiers étant « objectifs » et le second « subjectif », relevant de « l'intention ».

¹⁰⁹⁹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 25 et 27.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, n° 32 et s.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, n° 34.

entre les intérêts, dont l'intérêt général, et laisse une certaine marge de manœuvre à l'État¹¹⁰². Selon le professeur Frédéric Sudre, une telle pratique s'explique par « l'«inversion» du jeu de la proportionnalité » dans ces situations, « puisque le rapport de proportionnalité ne consiste pas à vérifier, comme à l'habitude, 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 »¹¹⁰³. Il s'agit donc de l'étude de la proportionnalité de la contrainte qui pèse sur l'État et non pas de l'ingérence subie par les requérants. L'intérêt général est ici théoriquement mis en balance avec les intérêts particuliers afin de mesurer précisément les atteintes portées à ces derniers par la règle générale.

229. Troisième figure : le seul contrôle de proportionnalité au sens strict. L'approche est similaire à celle du contrôle dit « réduit » ou « simplifié »¹¹⁰⁴ : cette figure ne met en œuvre que la dernière étape du contrôle de proportionnalité en raison de l'absence d'une clause d'ordre public¹¹⁰⁵ : sont concernés les textes tels que l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel relatif au droit au respect des biens qui prévoit que les limitations doivent être conciliées avec l'intérêt général¹¹⁰⁶ ou les limitations dites « implicites »¹¹⁰⁷, qui résultent de la jurisprudence et qui permettent des restrictions issues de la jurisprudence en l'absence de toute prévision textuelle ; l'exemple le plus typique est celui des droits découlant de l'article 6, tels que le droit d'accès à un tribunal¹¹⁰⁸. Dans le cas du contrôle des limitations « implicites » de l'article 6, la Cour emploie partiellement le vocabulaire des restrictions pour les articles dotés d'une clause d'ordre public, notamment le terme de « but légitime »¹¹⁰⁹. Toutefois, point ici de référence au « besoin social impérieux », ou à la qualification des motifs de la mesure : seul le « juste équilibre » est vérifié à travers la balance des intérêts¹¹¹⁰. La Cour circonscrit son appréciation au nom du « libre choix des moyens » et ne vérifie donc ni l'adéquation, ni la nécessité des mesures¹¹¹¹. Le plus souvent, le contrôle est restreint¹¹¹². En matière de droit des biens, et plus spécifiquement de privation de propriété, la Cour se contente de vérifier l'existence de l'utilité publique : « Estimant normal que le législateur dispose d'une grande

¹¹⁰² F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 34.

¹¹⁰³ *Ibid.*, n° 35.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, n° 36 et s.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, n° 36.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ V. *supra*, n° 46.

¹¹⁰⁸ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 36.

¹¹⁰⁹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 217 et s., p. 128 et s.

¹¹¹⁰ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 36.

¹¹¹¹ *Ibid.*, n° 37.

¹¹¹² F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 606, p. 921.

latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'«utilité publique» sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de *base raisonnable*. En d'autres termes, elle ne saurait substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, mais elle doit contrôler au regard de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 les mesures litigieuses et, à cette fin, étudier les faits à la lumière desquels lesdites autorités ont agi »¹¹¹³. Il doit par conséquent exister « un *rapport raisonnable* de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété »¹¹¹⁴. La Cour se contente alors de vérifier que la mesure n'est pas « manifestement déraisonnable »¹¹¹⁵, de même pour l'utilité publique¹¹¹⁶. Cette impression de caractère restreint du contrôle est également visible pour la mise en œuvre de l'article 6 relatif au droit à un procès équitable, et en particulier pour les limitations au droit d'accès à un tribunal : les mesures « ne se concilient avec l'article 6§1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹¹¹⁷. Ce contrôle s'oppose par exemple à celui exercé pour l'article 10 relatif à la liberté d'expression : « la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier, sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et *de façon raisonnable* ; 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» »¹¹¹⁸. Ici encore, l'intérêt général est mis en balance avec les intérêts particuliers.

230. Quatrième figure : le contrôle de proportionnalité « horizontal ». Il s'agit du cas dans lequel la violation résulte de l'action d'une personne privée, par un « effet horizontal

¹¹¹³ CEDH, 21 févr. 1986, *James et al. c. Royaume-Uni*, n° 8793/79, §46, nous soulignons. V. aussi CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, n° 1513/03, §76 et 77 ; CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France, préc.*, §75 et CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c. France*, n° 67847/01, §50.

¹¹¹⁴ CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France, préc.*, §78.

¹¹¹⁵ CEDH, 21 févr. 1986, *James et al. c. Royaume-Uni, préc.*, §49.

¹¹¹⁶ CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c. France, préc.*, §44 ; v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 598, p. 911 et n° 600, p. 914 ; contrôle de proportionnalité plus approfondi en matière d'atteinte à la substance du droit de propriété (n° 596, p. 890).

¹¹¹⁷ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, §57. V. aussi : CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, n° 23805/94, §31 et CEDH, 23 oct. 1996, *Levages Prestations Services c. France*, n° 21920/93, §40 ; CEDH, 8 mars 2012, *Celice c. France*, n° 14166/09, §33 ; CEDH, 8 mars 2012, *Cadène c. France*, n° 12039/08, §25 et CEDH, 30 oct. 1998, *F.E. c. France*, n° 38212/97, §44.

¹¹¹⁸ CEDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, n° 58148/00, §42. Pour d'autres exemples : CEDH, 10 oct. 2013, *Ashby Donald et al. c. France*, n° 25689/10, §38 et CEDH, 10 janv. 2013, *Jean-Jacques Morel c. France*, n° 36769/08, §32.

indirect »¹¹¹⁹, combiné à une violation des obligations positives par inaction de l'État¹¹²⁰ : le conflit se résout alors par une balance des intérêts entre les deux personnes privées¹¹²¹. L'ingérence est alors « passive » de la part de l'État¹¹²². Le professeur Frédéric Sudre distingue ce cas de celui dans lequel l'État a directement fourni au particulier « les moyens ou un encouragement »¹¹²³ ; dans ce cas, le contrôle de proportionnalité est identique à celui mis en œuvre pour la clause d'ordre public et inclut les trois étapes classiques¹¹²⁴, en tant que manifestation d'une ingérence « active » de l'État¹¹²⁵.

2. Les étapes du contrôle concret : une faible prise en compte de l'intérêt général

231. Si la Cour européenne adopte dans les grandes lignes le contrôle en trois étapes hérité de la Cour constitutionnelle allemande¹¹²⁶, elle use d'un vocabulaire (**a**) et d'une présentation singuliers (**b**) qui nécessitent quelques éclaircissements. En effet, elle « n'obéit pas au traitement analytique du juge constitutionnel allemand et [...] n'exprime pas formellement son contrôle sous la forme du triple test »¹¹²⁷. La construction du texte de la Convention offre d'ailleurs à la limite d'intérêt général une place d'exception face au principe de respect des droits fondamentaux, structurellement défavorable par rapport à la mise en œuvre des droits (**c**),

¹¹¹⁹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 38 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 219. Sur les obligations positives, F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 160, p. 250, v. CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73. Afin de permettre la mise en œuvre de droits fondamentaux « non pas théoriques illusoire, mais concrets et effectifs », la Cour européenne exige des États la mise en place des conditions de cet exercice, ce que l'on appelle les obligations positives (F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 160, p. 250). Sur la différence entre les violations par action de l'État ou par abstention, v. C. Madelaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, Dalloz, coll. « Nouvelle bibl. thèses », 2014, n° 376 et s., p. 206 et s. Pour une critique du développement des obligations positives : M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 232 et 233 : « La Cour européenne des droits de l'homme transforme quant à elle mécaniquement toute liberté en "droit à", et même en droit fondamental, puis tout droit fondamental en une obligation positive des États de fournir les moyens, y compris financiers, permettant la réalisation de ces droits. La difficulté est alors que, par ce biais, comme l'ont très bien vu les juges américains, la Cour européenne des droits de l'homme impose aux États qu'elle condamne de choix qui sont en réalité des choix de politique publique ». Sur les garanties légales des exigences constitutionnelles comme équivalent constitutionnel des obligations positives : V. Goesel-Le Bihan, « Les techniques... », *art. préc.*

¹¹²⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 166, p. 280.

¹¹²¹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 38. Sur ce type de conflit, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*

¹¹²² *Idem.*

¹¹²³ J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe européen de proportionnalité », *D.* 2001.574 ; v. aussi F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 33.

¹¹²⁴ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 33.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ *Ibid.*, n° 10 et 11. Pour une présentation différente, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 212, p. 219 : elle estime que le contrôle de la Cour européenne n'applique pas le triple test de la cour constitutionnelle allemande (n° 41, p. 50 et n° 205, p. 210 : selon l'auteur, le contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » serait distinct de l'adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict ; le premier correspondrait à la méthode du « bouclier » et l'autre de la « balance »).

¹¹²⁷ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 14.

qui peut parfois fausser la perception que les juges ont de la construction du litige, selon que s'affrontent deux droits fondamentaux, ou un droit fondamental avec la loi (d).

a. Le vocabulaire de la Cour européenne

232. La « nécessité dans une société démocratique », distincte du contrôle de la nécessité. Cette expression fonde toute l'articulation du contrôle de proportionnalité de la Cour européenne¹¹²⁸ et exprime son importance¹¹²⁹. Le professeur Frédéric Sudre rappelle les incertitudes liées au vocabulaire employé par la Cour européenne¹¹³⁰ : l'expression de la « nécessité dans une société démocratique » ne renvoie ni à l'étape de proportionnalité *stricto sensu*¹¹³¹, ni à celle de nécessité du triple test¹¹³² ; elle englobe en réalité les trois étapes et semble exprimer le contrôle de proportionnalité au sens large¹¹³³. Toutefois, les juges emploient une « démarche moins dogmatique que celle empruntée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande » et « fourni[ssent] [...] une grille générale d'analyse » plus qu'« une technique précise de contrôle »¹¹³⁴. Non seulement les étapes ne sont pas toujours distinguées et mises en œuvre précisément¹¹³⁵, mais le contrôle se réduit parfois à la seule dernière étape de proportionnalité au sens strict¹¹³⁶. Selon les cas, la « nécessité dans une société démocratique » implique, soit l'étude des « motifs pertinents et suffisants » seule, soit conjuguée à la proportionnalité au sens strict¹¹³⁷.

233. Le « besoin social impérieux », prolongement de la « nécessité dans une société démocratique ». Le « besoin social impérieux » est une expression purement jurisprudentielle de la Cour européenne, étroitement liée à la « nécessité dans une société démocratique », car elle en constitue en pratique un équivalent¹¹³⁸. La Cour associe étroitement la « nécessité dans une société démocratique » et le « besoin social impérieux »¹¹³⁹. En pratique,

¹¹²⁸ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 15.

¹¹²⁹ *Ibid.*, n° 17. Pour une présentation différente du contrôle de proportionnalité de la Cour européenne, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 41, p. 50.

¹¹³⁰ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 19.

¹¹³¹ *Ibid.*, n° 20.

¹¹³² *Ibid.*, n° 21.

¹¹³³ *Ibid.*, n° 22.

¹¹³⁴ *Ibid.*

¹¹³⁵ *Ibid.*, n° 23.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ *Ibid.*, n° 25 à 27.

¹¹³⁸ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 217 et 218 ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 16 : CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *préc.*, §55 : le professeur Frédéric Sudre fait remarquer que, depuis l'arrêt *Handyside*, « 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" : il vise un "besoin social impérieux" ».

¹¹³⁹ CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, §181 : « Selon la jurisprudence constante de la Cour, la notion de nécessité 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

les deux expressions de « besoin social impérieux » et de « nécessité dans une société démocratique » semblent être utilisées comme équivalentes. Le « besoin social impérieux » entretient un lien avec l'intérêt général : c'est en raison de l'existence d'un besoin qu'une mesure d'intérêt général sera adoptée ; le besoin social impérieux dicte la nécessité – ici entendue au sens courant du terme – de la mesure d'intérêt général, et peut parfois même se confondre avec lui lorsque le but est formulé sous forme d'un besoin auquel la mesure répond. Si le besoin renvoie davantage aux motifs de la mesure et l'intérêt général davantage à son objectif, leur contenu peut se rejoindre¹¹⁴⁰. Ainsi, le besoin social impérieux « implique l'existence d'un intérêt qu'il est fondamental de protéger dans une société démocratique »¹¹⁴¹.

b. La mise en œuvre des étapes classiques du contrôle de proportionnalité

234. L'adéquation devant la Cour européenne des droits de l'homme : une place discrète. Devant la Cour européenne, le contrôle de l'adéquation est mis en œuvre de pair avec le « libre choix des moyens », l'intensité de ce contrôle est corrélée à la marge d'appréciation laissée à l'État dans ce domaine¹¹⁴². Dans son déploiement le plus intense, ce contrôle revient à l'examen de la « pertinence » entre les moyens et l'objectif poursuivi¹¹⁴³. Toutefois, ce contrôle n'est pas identifié comme tel par la Cour européenne¹¹⁴⁴. Pour commencer, il n'est pas systématique, puisqu'il ne semble être mis en œuvre que dans le cadre d'une clause d'ordre public¹¹⁴⁵. Ensuite, dans la mesure où le contrôle est en principe exclusivement concret¹¹⁴⁶, l'analyse de la « cohérence interne »¹¹⁴⁷ de la mesure est nécessairement secondaire. Ainsi, à rebours de la pratique interne constitutionnelle, cette étape de raisonnement, qui laisse une place

intérêts concurrents en jeu », v. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 16 et n° 17 : le besoin social impérieux « exprime l'idée au fondement du principe de proportionnalité qu'une restriction à une liberté individuelle ne doit jamais aller au-delà de ce qui est absolument nécessaire ».

¹¹⁴⁰ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 141, p. 74 : « composant extrinsèque ». Sur la distinction entre motifs et but, v. R. Chapus, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1048 : distingue également les motifs du but, les premiers étant « objectifs » et le second « subjectif », relevant de « l'intention » ; v. *supra*, n° 181.

¹¹⁴¹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 393, p. 231 ; n° 394, l'auteur semble trouver une similitude systématique entre le besoin social impérieux et le but légitime, ce que nous contestons : le besoin renvoie à l'origine de la mesure et ne se confond pas nécessairement avec son but poursuivi. En outre, l'un se situe sur le plan de la proportionnalité tandis que l'autre exprime l'objectif poursuivi par la mesure. V. aussi P. Muzny, *thèse préc.*, n° 246, p. 189 : « le besoin social impérieux constitue la norme de référence que l'ingérence doit respecter. Cette norme de référence est formée par le but poursuivi ».

¹¹⁴² F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 45.

¹¹⁴³ *Ibid.*

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, n° 14 et 21.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, n° 23.

¹¹⁴⁶ Pour une présentation nuancée de cette affirmation, v. *infra*, n° 457 et s.

¹¹⁴⁷ G. Merland, *thèse préc.*, p. 272 ; v. aussi J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s. dans sa thèse qui parle de « proportionnalité interne » de la loi pour désigner ce contrôle ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76.

importante à l'intérêt général à travers une analyse de la qualité de la norme, ne semble pas centrale dans la pratique strasbourgeoise.

235. Un double contrôle de la nécessité devant la Cour européenne. La Cour européenne se sert des deux niveaux de contrôle de la nécessité : elle contrôle le lien entre le *besoin* et la mesure et parvient même à la suggestion de mesures moins attentatoires aux droits et libertés permettant d'atteindre le même résultat¹¹⁴⁸. Cette approche du contrôle de la nécessité est ici encore cohérente avec l'approche *in concreto* : au regard des particularités du litige, il est plus aisé d'imaginer les mesures moins attentatoires aux droits et libertés des requérants placés dans leur situation singulière.

236. La proportionnalité au sens strict devant la Cour européenne. La dernière étape s'attache à vérifier la « charge » supportée par les intérêts particuliers en raison de la mesure prise¹¹⁴⁹. La Cour européenne met ainsi « concrètement » en balance les intérêts en fonction des « circonstances de l'affaire »¹¹⁵⁰. Le professeur Frédéric Sudre admet cependant que cette étape ne résulte pas tant d'une « méthode » que d'une « démarche empirique »¹¹⁵¹. Si la Cour affirme laisser cette étape à la marge d'appréciation des États, elle en effectue pourtant systématiquement le contrôle¹¹⁵². Cette étape « échappe à toute systématisation »¹¹⁵³ et apparaît fortement ancrée dans le cas d'espèce. La Cour ne se contente pas de vérifier la légitimité des buts poursuivis par l'État, elle s'attache aussi à s'assurer qu'ils sont *suffisamment légitimes* pour justifier les atteintes aux intérêts particuliers. Dans la pratique de la Cour européenne, le contrôle de proportionnalité au sens strict est très peu envisagé abstraitement. Pour autant, l'intérêt général, lui, n'est jamais concrétisé et toujours envisagé abstraitement. Par conséquent, la Cour européenne procède à d'importantes « interférences de niveaux »¹¹⁵⁴ en comparant les intérêts particuliers concrets avec l'intérêt général abstrait¹¹⁵⁵. Si la Cour européenne des droits de l'homme procède aux deux contrôles abstrait et concret, elle doit manier l'intérêt général sous ses deux formes¹¹⁵⁶. Si elle se limite à un contrôle concret, alors elle doit concrétiser l'intérêt général, quand bien même les éléments apportés par les États correspondraient à

¹¹⁴⁸ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 46 et 47.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, n° 49.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ *Ibid.*, n° 50.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ *Ibid.*, n° 52.

¹¹⁵⁴ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

¹¹⁵⁵ Sur la pratique de la Cour européenne en matière d'intérêt général, v. *infra*, n° 440 et s.

¹¹⁵⁶ Sur la question de la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret devant la Cour européenne, v. *infra*, n° 457 et s. Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

l'intérêt général abstrait¹¹⁵⁷. À l'heure actuelle, elle semble mettre principalement en œuvre un contrôle concret dans lequel l'intérêt général n'intervient qu'abstraitement, ce qui entraîne des incohérences de raisonnement¹¹⁵⁸.

237. Difficulté d'anticiper les pratiques et méthodes de la Cour européenne des droits de l'homme. La pratique de la Cour européenne en matière de contrôle de proportionnalité est cohérente avec une approche *in concreto*¹¹⁵⁹. Par conséquent, elle devrait procéder à une identification concrète de l'intérêt général au regard des faits du litige, et non se limiter à l'approche *in abstracto* pour la mettre en balance avec les intérêts particuliers concrets. Malgré quelques éléments permettant une esquisse de systématisation, l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme est « casuistique »¹¹⁶⁰ et « pragmatique »¹¹⁶¹. Cette réalité, souvent décrite en doctrine, explique les difficultés des juridictions internes à reproduire sa pratique.

c. La place structurellement défavorable de l'intérêt général : l'exception face au principe de respect des droits fondamentaux

238. L'intérêt général comme exception et le droit fondamental comme principe. Le premier phénomène expliquant la faible valorisation de l'intérêt général devant le juge comme limite aux droits fondamentaux est d'ordre formel : dans la logique de l'intérêt général comme limite, « le droit fondamental invoqué par le requérant devant la Cour de Strasbourg détient [...] dans le cadre des rapports verticaux, le statut de principe, là où la restriction étatique est reléguée au rang d'une exception »¹¹⁶². Cette situation concerne principalement la Cour européenne des droits de l'homme, mais elle est de nature à influencer toute la perception de l'intérêt général, notamment par l'influence qu'elle peut avoir sur la Cour de cassation. Elle semble également vérifiée dans le cadre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à qui on pourrait étendre l'adage selon lequel « la liberté est la règle » et sa limite « l'exception »¹¹⁶³.

¹¹⁵⁷ Sur ce point, v. aussi *infra*, n° 376 et s.

¹¹⁵⁸ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

¹¹⁵⁹ Sur la question de la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret devant la Cour européenne, v. *infra*, n° 457 et s.

¹¹⁶⁰ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 9.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, n° 10.

¹¹⁶² P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 795 et 796, p. 233 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 35, p. 43 et n° 399, p. 381 ; M. Afroukh, *thèse préc.*, p. 461.

¹¹⁶³ La formule exacte, « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception », vient de M. Corneille, concl. sur CE, 17 août 1917, *Baldy*, n° 59855. L'extension de cette formule au Conseil constitutionnel ressort de P.-H. Prétot, « L'actualité de l'arrêt *Benjamin* », *RDF* 2013.1020, bien que cela concerne l'arrêt *Benjamin*. V. aussi, J. Andriantsimbazovina, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *Cah. Cons. const.*, n° 18, juill. 2005 : « L'on sait en effet qu'en matière de protection des droits fondamentaux, la liberté est la règle et sa limitation l'exception ! ». Le lien entre la formule et la jurisprudence constitutionnelle est également fait par B. Stirn, « Constitution et droit

L'exception, d'interprétation stricte, a nécessairement un rôle moindre par rapport au principe¹¹⁶⁴. Un tel constat peut d'ailleurs conduire à des incohérences lorsque deux droits de la Convention sont en jeu : la Cour ne s'intéressant qu'à l'ingérence étatique, elle peut traiter défavorablement l'intérêt particulier protégé par l'application de la loi et qui se trouve « absorbé » par le litige contre le comportement de l'État¹¹⁶⁵. En effet, la Cour européenne n'étant saisie que de litiges opposant l'État à un individu, les circonstances de sa saisine peuvent occulter la présence, à l'origine du litige, d'un contentieux entre deux individus¹¹⁶⁶. L'intérêt du requérant devant la Cour s'en trouve automatiquement favorisé en tant que principe face à l'exception¹¹⁶⁷. Il importe, pour régler cette difficulté, de procéder à l'identification de l'intérêt général abstrait et à la recherche de son application au litige, en tant qu'intérêt général concret¹¹⁶⁸. Ainsi, par exemple, dans le cas du conflit, en droit interne, entre un individu se plaignant de la violation de sa vie privée et d'un journaliste revendiquant sa liberté d'expression, le litige se noue dans un premier temps entre deux personnes privées. Dès lors que l'un des deux forme un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme pour contester le verdict rendu par le juge interne, le conflit se transforme et oppose l'État à l'une des parties au litige. Ce fut le cas dans l'arrêt *Axel Springer AG contre Allemagne* du 7 février 2012¹¹⁶⁹ : la requérante était une journaliste qui invoquait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression à travers l'interdiction de révéler des faits de la vie privée d'une célébrité.

239. La Cour européenne des droits de l'homme et la « préférence abstraite » pour les droits fondamentaux. Cette situation explique sans doute, la « préférence

administratif », *Nouv. Cah. Cons. Const.*, n° 37, oct. 2012, ce qui ferait partie des « fondements constitutionnels du droit administratif ».

¹¹⁶⁴ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 795 p. 532.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, n° 212 et s., p. 130 et s. ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 271, p. 280 et s. D'où l'importance de qualifier les conflits de droits fondamentaux : P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 871 et s., p. 576 et s. *Comp.* V. Fourment n° 271 et 272, p. 280 et s. Sur la « verticalisation du conflit », V. Fourment, *thèse préc.*, n° 203 et 204, p. 124 et s., *comp.* V. Fourment, *thèse préc.*, n° 24, p. 45 et n° 391, p. 377. V. aussi F. Sudre, « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 233 et s., spéc. p. 241, parle de conflits « indirects » ou « médiatisés » (sur ce point, V. Fourment, *thèse préc.*, n° 148, p. 151 et s.).

¹¹⁶⁶ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 212 et s., p. 130 et s.

¹¹⁶⁷ *Ibid.* ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 271, p. 280 et s. D'où l'importance de qualifier les conflits de droits fondamentaux P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 871 et s., p. 576 et s. *Comp.* V. Fourment n° 271 et 272, p. 280 et s. Sur la « verticalisation du conflit », *ibid.*, n° 203 et 204, p. 124 et s., *comp.*, *ibid.*, n° 24, p. 45 et n° 391, p. 377. V. aussi F. Sudre, « Les conflits de droits... », *art. préc.*, spéc. p. 241, sur les conflits « indirects » ou « médiatisés » (sur ce point, V. Fourment, *thèse préc.*, n° 148, p. 151 et s.).

¹¹⁶⁸ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

¹¹⁶⁹ CEDH, 7 févr. 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, n° 39954/08.

abstraite »¹¹⁷⁰ de la Cour pour les droits fondamentaux face à l'intérêt général. En témoignent ainsi l'arrêt *Affaire linguistique belge* la formulation employée « la Convention implique [...] un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »¹¹⁷¹ ou encore l'arrêt *Sunday Times* que les « exceptions » à la liberté d'expression sont « d'interprétation étroite »¹¹⁷².

d. L'influence de la structure du conflit sur le contrôle de l'intérêt général

240. Conflits de droits directs et indirects. Si d'un point de vue substantiel, il est aisé d'identifier les conflits de droits, on peut, d'un point de vue formel, distinguer deux situations différentes, selon que se trouve – ou non – en jeu une loi susceptible d'apporter la solution au litige. L'ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental peut émaner d'une loi ou du comportement d'un particulier ; dans ce dernier cas, l'application de la Convention relève de ce qu'on appelle l'effet horizontal direct devant la Cour de cassation¹¹⁷³. Ainsi, la signification formelle d'un conflit de droits devant la Cour de cassation n'est pas la même que devant la Cour européenne, cette dernière ayant toujours à connaître d'une mesure étatique à l'origine de l'ingérence¹¹⁷⁴, l'effet horizontal est d'ailleurs dit « indirect »¹¹⁷⁵. En principe, les « véritables » conflits de droits fondamentaux concernent la violation d'un droit ou d'une liberté par un particulier, contrôlée par le juge interne au moyen de l'effet horizontal direct¹¹⁷⁶ : les exemples les plus typiques étant le conflit entre la liberté d'expression et la vie privée ou encore un conflit de nature contractuelle telle que la violation par l'employeur d'une liberté du

¹¹⁷⁰ C.-A. Morand, « Pesée d'intérêts et décisions complexes », in *La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et aménagement du territoire*, C.-A. Morand (dir.), Helbing&Lichtenhahn, Bâle, 1996, p. 41 et s., spéc. p. 69 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 22, p. 42 : parle de la « priorité des droits ».

¹¹⁷¹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 326, p. 242, v. CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge, préc.*, §5, nous soulignons.

¹¹⁷² S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 326, p. 242, v. CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni, préc.*, §65.

¹¹⁷³ A. Debet, *thèse préc.*, n° 63, p. 73. Sur la différence entre effet horizontal direct et l'effet horizontal indirect : F. Sudre, *J.-Cl. Eur. Traité*, « Fasc. 6500 : Convention européenne des droits de l'homme – Caractères généraux », 29 avr. 2020, n° 99 et s.

¹¹⁷⁴ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 212 à 214, p. 130 à 132 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 115, p. 116 et 117 : « la Cour européenne des droits de l'homme ne peut pas connaître directement des conflits de droits fondamentaux opposant deux particuliers au niveau national dès lors qu'elle ne peut être saisie que d'un recours formulé à l'encontre d'un État. Elle doit nécessairement faire transiter son contrôle par la recherche de la responsabilité de l'État. La technique des obligations positives est donc mobilisée afin d'engager la responsabilité de l'État si la violation par un particulier d'un droit garanti par la Convention lui est imputable en raison de son inaction ».

¹¹⁷⁵ F. Sudre, *J.-Cl. Eur. Traité*, n° 100.

¹¹⁷⁶ A. Debet, *thèse préc.*, n° 63, p. 73 ; F. Sudre et al., *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 165, p. 260 : l'effet horizontal direct concerne en effet le juge interne qui traite des conflits entre personnes privées et devant qui se pose la question de l'applicabilité directe de la Convention, à la différence de la Cour européenne devant qui l'effet horizontal est nécessairement indirect.

salarié¹¹⁷⁷. Le pur conflit de droits au sens formel n'intervient en principe que lorsque la loi ne prévoit pas de solution directe au litige sans mise en balance par le juge¹¹⁷⁸. Cependant, la survenance du contrôle de conventionnalité à travers la proportionnalité *in concreto* modifie sans doute cet état du droit.

241. Conflits de droits, intérêt général abstrait et intérêt général concret. Dans le cas d'un conflit de droits fondamentaux ne faisant pas intervenir de loi, tout se passe comme si l'intérêt général abstrait se *situait des deux côtés de la balance* : le juge se trouve en effet chargé de statuer sur un conflit entre deux droits dont la protection relève en principe de l'intérêt général, mais que la loi n'a pas tranché à l'avance par souci de prise en compte des situations particulières. C'est par exemple le cas du conflit entre la vie privée et la liberté d'expression : la loi n'ayant pas réglé à l'avance le différend en raison de la nécessité d'adapter les solutions aux circonstances, le conflit ne se présente pas sous la forme d'un enjeu d'intérêt général qui s'oppose à une liberté. Tout se passe comme si, finalement, chaque droit fondamental – la vie privée, d'une part ; la liberté d'expression, d'autre part – constituait la limite d'intérêt général de l'autre¹¹⁷⁹. Ainsi, qu'on soit dans le cas d'un conflit initial entre deux droits fondamentaux ou dans le cas du conflit entre un droit fondamental et une loi générale, le mécanisme n'est pas si différent et le raisonnement est proche : tous deux donnent lieu à un contrôle de proportionnalité¹¹⁸⁰. Cependant, dans le cas d'un conflit de droits fondamentaux, le contrôle est réduit au contrôle de proportionnalité au sens strict¹¹⁸¹, à la fois abstrait et concret, et l'intérêt général est susceptible d'être mis en balance, à la fois abstraitement et concrètement, et invoqué par chacune des parties.

242. Conflits de droits devant la Cour européenne et limite d'intérêt général. En raison de la place défavorable de la limite d'intérêt général comme exception à la mise en œuvre des droits fondamentaux, certains auteurs invitent à distinguer très strictement deux situations : les conflits dits « verticaux », qui opposent une loi à un droit fondamental, des conflits dits « horizontaux » entre deux droits fondamentaux, qu'on appelle également conflits de droits¹¹⁸².

¹¹⁷⁷ A. Debet, *thèse préc.*, n° 63, p. 73.

¹¹⁷⁸ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 2 : sur les différents types de contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation, où le juge intervient dans le silence ou pour compléter la loi. V. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 179 et s., p. 183.

¹¹⁷⁹ Sur ce conflit, v. aussi *infra*, n° 755 et s.

¹¹⁸⁰ *Contra* V. Fourment, *thèse préc.*, n° 41, p. 50 et n° 55 et 56, p. 61 : sur la différence entre la « balance » et le « bouclier », qui selon elle ne relèvent pas du même raisonnement.

¹¹⁸¹ V. *supra*, n° 230.

¹¹⁸² P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 103, p. 63 : « dans le cas d'un conflit entre deux titulaires déterminés, celui des deux titulaires de droit à qui la solution interne a été favorable n'est pas présent à l'instance, puisque seule la responsabilité étatique est recherchée devant la Cour européenne » et n° 873 et s., p. 577 et s. : « Dans le cadre

En effet, en raison de la « structure » du conflit devant la Cour européenne des droits de l'homme, le litige apparaît toujours « vertical » : la Cour, même en cas de litige opposant deux droits fondamentaux, juge toujours le comportement d'un État¹¹⁸³. Or, en raison de la place de la limite d'intérêt général, le droit fondamental du « défendeur », qui se trouve en quelque sorte absorbé par l'État ayant provoqué l'ingérence, se voit moins bien défendu puisqu'il entre alors dans la catégorie de « limite » au droit fondamental du défendeur, qu'il soit ou non explicitement exprimé dans le litige à travers l'enjeu d'intérêt général de la « protection des droits et libertés d'autrui »¹¹⁸⁴. La Cour européenne des droits de l'homme donne ainsi une valeur particulière au but légitime de « protection des droits et libertés d'autrui »¹¹⁸⁵ qui constitue « la clause privilégiée pour découvrir les conflits de droits »¹¹⁸⁶, même quand elle met en réalité en balance des « intérêts »¹¹⁸⁷. Ainsi, dans l'arrêt *Chassagnou contre France*, elle rappelle l'importance de l'articulation entre les droits et libertés, dès lors qu'ils sont prévus par la Convention¹¹⁸⁸ : « le seul but invoqué par le Gouvernement pour justifier l'ingérence incriminée est celui de la “protection des droits et libertés d'autrui”. Si ces “droits et libertés” figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une “société démocratique” »¹¹⁸⁹. Selon la Cour, les États disposent d'une large marge d'appréciation pour effectuer la conciliation entre les droits et libertés, sauf s'ils ne sont pas prévus par la Convention : « dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti »¹¹⁹⁰.

d'un conflit entre titulaires déterminés, la règle interprétative de la préférence accordée aux droits par rapport aux restrictions, qui sont représentées sous la forme d'intérêts étatiques, peut également traduire en quelque sorte la supériorité du droit par rapport à l'intérêt – même s'il est possible qu'un droit bénéficie du renfort de l'intérêt général pour prévaloir dans le conflit. Or, dans un conflit de droits, une telle supériorité du droit du requérant par rapport au droit opposé, défendu par l'État, ne se justifie absolument pas. Dans un conflit de droits, la règle interprétative de priorité accordée au droit du requérant ne doit pas être appliquée dans la mesure où le bien opposé n'est pas un simple intérêt étatique mais un autre droit fondamental ». V. dans le même sens, plus récemment : V. Fourment, *thèse préc.*, n° 22, p. 31.

¹¹⁸³ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 873 et s., p. 577 et s. ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 22, p. 31 ; M. Afroukh, *thèse préc.*, p. 451 et 452.

¹¹⁸⁴ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 79 et s., p. 46 et s. et n° 873 et s., p. 577 et s. ; plus récemment V. Fourment, *thèse préc.*, n° 22, p. 31. Sur ce point et sur cette limite, v. aussi *infra*, n° 724 et s.

¹¹⁸⁵ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 716, p. 515 et 516.

¹¹⁸⁶ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 79, p. 46.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, n° 79, p. 47.

¹¹⁸⁸ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 716, p. 515 et 516.

¹¹⁸⁹ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, *préc.*, §113.

¹¹⁹⁰ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, *préc.*, §113.

243. Nuance : rareté des conflits « purement » verticaux ou horizontaux. S'il est vrai que certains litiges mettent en œuvre de véritables conflits de droits ne faisant pas intervenir directement une loi de nature à apporter la solution au litige – comme c'est le cas du contentieux de l'opposition entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée – il est en réalité rare qu'un litige soit purement vertical ou purement horizontal¹¹⁹¹. En effet, les litiges de droit privé mettant le plus souvent en œuvre deux parties soumises à l'application d'une loi, le conflit se révèle alors à la fois vertical et horizontal. L'intérêt général est d'ailleurs présent, même dans les conflits qui semblent les plus « horizontaux » : « Tout droit individuel, toute liberté reconnue au sujet le revêt d'une prérogative qui lui est propre mais *qu'il n'obtient qu'en vertu d'une conception déterminée de l'intérêt général*. En invoquant le principe de la liberté de la presse pour éviter une condamnation du chef de diffamation ou d'atteinte à la vie privée d'autrui, le journaliste fait d'abord valoir un intérêt personnel mais sa défense est aussi l'un des maillons de la chaîne unissant tous ceux qui exercent et font valoir la liberté d'expression, non seulement à leur profit mais aussi dans l'intérêt du libre débat d'opinions dans une société démocratique. Parallèlement, le demandeur qui agit contre le journaliste est au premier chef préoccupé du dommage qu'il allègue mais, ce faisant, il est aussi le serviteur inconscient d'un intérêt qui le dépasse, l'intangibilité de la dignité humaine »¹¹⁹². La réciproque est vraie dans les conflits qui apparaissent purement verticaux. Reprenons l'exemple de l'arrêt du 4 décembre 2013 : il fut perçu comme un conflit « vertical »¹¹⁹³, bien que d'autres droits fondamentaux, outre ceux de la veuve, eussent aisément pu être intégrés au litige : par exemple, les droits fondamentaux de l'enfant né du premier mariage ou encore le droit au respect des biens de l'ex-époux à l'origine de la demande, qui se voyait spolié dans son héritage par le refus d'application de la loi. Le conflit ne se résumait donc pas véritablement à l'opposition entre le droit individuel de l'épouse et la loi. Dans une perspective inverse, beaucoup d'auteurs déplorèrent que l'arrêt *Odièvre contre France*, relatif au régime de l'accouchement sous X, ait été présenté par la Cour européenne comme un conflit vertical, là où était également en jeu le droit fondamental de l'enfant à connaître ses origines¹¹⁹⁴. Il serait ici vain de trancher en décidant si le conflit doit

¹¹⁹¹ V. en ce sens M. Afroukh et A. Schahmaneche, « L'identification aléatoire des conflits de droits dans la jurisprudence », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et Justice », n° 109, 2014, p. 37 et s., spéc. p. 62 et s.

¹¹⁹² F. Rigaux, « Logique et droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1197 et s., spéc. p. 1203 (nous soulignons).

¹¹⁹³ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 386, p. 375.

¹¹⁹⁴ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 85, p. 50 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 267, p. 275.

être horizontal ou vertical : en réalité, il intègre les deux composantes et doit être traité comme tel.

B. Le développement du contrôle de conventionnalité devant la Cour de cassation

244. Après la mise en place du contrôle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (1), la Cour de cassation procède désormais à un contrôle qui se veut proche de celui de la Cour européenne (2). En vertu du principe de subsidiarité, la Cour de cassation se trouve en effet en première ligne pour l'application de la Convention, à la différence de son rôle de mise en œuvre des droits et libertés garanties par la Constitution, comme simple filtre des questions prioritaires de constitutionnalité.

1. Les débuts du contrôle

245. Contrôle de conventionnalité *in abstracto* : un contrôle dans un premier temps peu détaillé et peu axé sur l'intérêt général. Dans un premier temps, le contrôle de conventionnalité ne donnait pas toujours lieu à une appréciation très détaillée, qu'il s'agisse de l'intérêt général ou des autres éléments du raisonnement exigés par la Cour européenne. Jusqu'à une période assez récente, la motivation du contrôle de conventionnalité abstrait était quasiment inexistante. Ainsi, par exemple, d'un arrêt du 15 avril 2015¹¹⁹⁵, dans lequel les juges se contentent d'affirmer, pour répondre à la critique du divorce pour altération définitive du lien conjugal au regard de l'article 8 de la Convention européenne que : « le prononcé du divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui implique une cessation de la communauté de vie entre des époux séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce, *ne peut être contraire* aux dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹⁹⁶, sans effectuer le contrôle détaillé prévu par l'article 8. Il en fut de même, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 janvier 2006, où était en cause la compatibilité du premier article de la loi du 4 mars 2002¹¹⁹⁷ au regard de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel de la Convention relatif au droit au respect des biens¹¹⁹⁸. L'intérêt général

¹¹⁹⁵ V. l'arrêt précédemment cité Civ. 2^e, 25 mars 1987, n° 85-12.262, sur la compatibilité du divorce pour altération définitive du lien conjugal avec l'article 8 de la Convention.

¹¹⁹⁶ Civ. 1^{re}, 15 avr. 2015, n° 13-27.898, nous soulignons.

¹¹⁹⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé, : art. 1, I : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. [...] Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

¹¹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, n° 01-16.684 et 01-17.042 : la Cour de cassation estima que « si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition selon l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1^{er}§1, en prohibant l'action de

est cité formellement, avec l'exigence du juste équilibre, sans plus de justification ni de détail : la simple mention d'une atteinte suffit pour écarter l'application de la loi. Le constat est similaire dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention¹¹⁹⁹. Le raisonnement est sommaire et l'intérêt général a un faible poids dans le litige¹²⁰⁰.

246. Les débuts du contrôle *in concreto* : le maintien initial de la brièveté du raisonnement. La motivation de la Cour de cassation s'est progressivement enrichie, en particulier avec l'apparition du contrôle que la Cour de cassation appelle *in concreto*. En effet, l'arrêt du 4 décembre 2013 semblait presque dépourvu de justification ; la Cour de cassation se contenta d'affirmer que : « le prononcé de la nullité du mariage [des époux] 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 »¹²⁰¹. Pourtant, les juges du fond avaient justement avancé des éléments constitutifs d'enjeux d'intérêt général : « les finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial », ainsi que la volonté de « préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux ». La mise en œuvre de la clause d'ordre public demeura quelque temps sommaire par la Cour de cassation¹²⁰², qui faisait peu référence aux notions de « motifs pertinents et suffisants » et se contentait parfois de la simple vérification du juste équilibre. Par exemple, dans une décision du 9 novembre 2016 contestant l'application de l'article 320 du code civil au regard de l'article 8 de la Convention, pourtant doté d'une clause d'ordre public, les juges estimèrent que cette disposition « poursui[vai]t un *but légitime* en ce qu'il tend[ait] à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants

l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les époux pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ».

¹¹⁹⁹ V. par ex. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 05-10.750 : « l'article 248 du code civil dispose que les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics tandis que l'article 451 du code de procédure de la Nouvelle-Calédonie prévoit que le prononcé du jugement peut être assuré par la remise de la décision au greffe ; que ces textes *ne sont pas contraires* à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui permet de déroger à la règle de la publicité lorsque la protection de la vie privée des parties au procès l'exige ».

¹²⁰⁰ V. cependant, citant l'expression en matière de renouvellement du bail commercial : Civ. 3^e, 9 nov. 2011, n° 10-30.291 : « l'article L. 145-13 du code de commerce, en ce qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une condition de nationalité, constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de cette même Convention ».

¹²⁰¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

¹²⁰² *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 14 à 16, p. 57.

à l'abri des conflits de filiations »¹²⁰³, avant de constater le « juste équilibre » entre les moyens et le but et de procéder à un contrôle *in concreto* qui conduisit au rejet du pourvoi. Effectuée dans le cas de la mise en œuvre d'une clause d'ordre public, la vérification du « juste équilibre » avait alors lieu en dehors des cas prévus par les figures de contrôle de la Cour européenne. L'intérêt général, quant à lui, ne faisait qu'une apparition implicite dans les raisonnements à travers une brève mention du but légitime.

247. L'enrichissement progressif de la motivation. La motivation du contrôle de proportionnalité *in concreto* s'est enrichie après l'arrêt de 2013¹²⁰⁴. Imitant de plus en plus la pratique de la Cour européenne, la Cour de cassation s'essaie à un raisonnement de proportionnalité aux étapes bien visibles, suivant le déroulé des méthodes strasbourgeoises¹²⁰⁵. En témoigne l'arrêt du 8 décembre 2016¹²⁰⁶, qui concernait la validité du mariage conclu entre un homme et la fille de son ex-épouse, en contradiction avec l'article 161 relatif à l'interdiction des mariages entre alliés en ligne directe. Après avoir effectué une sommaire appréciation *in abstracto*, la Cour procède au contrôle *in concreto* suivant : « [l'épouse] avait 9 ans quand [son beau-père] a épousé sa mère en troisièmes noces, [...] elle avait 25 ans lorsque ces derniers ont divorcé et 27 ans lorsque son beau-père l'a épousée ; [...] il en déduit 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 ; [...] son union avec [son beau-père] n'avait duré que huit années lorsque les [membres de la famille de l'époux] ont saisi les premiers juges aux fins d'annulation ; [...] aucun enfant n'est issu de cette union prohibée ; [...] de ces constatations et énonciations, 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 de [l'épouse], au regard du but légitime poursuivi ». Par rapport à la sommaire balance des intérêts effectuée le 4 décembre 2013, le raisonnement s'étoffe sensiblement¹²⁰⁷. Les deux contrôles successifs, abstrait et concret, sont effectués de manière détaillée dans un arrêt du 7 novembre 2018. Le délai prévu à l'article 334 du code civil pour la contestation d'une filiation dans laquelle aucune possession d'état ne venait conforter le titre, était contesté, au regard du droit à la vie privée et familiale et plus particulièrement, du droit de connaître ses origines découlant de l'article 8 de

¹²⁰³ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* 2017.9, à propos de l'arrêt Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068.

¹²⁰⁴ V. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 7 à 9, p. 31 à 35 et n° 118, p. 198 et s. ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 148, p. 151.

¹²⁰⁵ V. *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*

¹²⁰⁶ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

¹²⁰⁷ V. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 7 à 9, p. 31 à 35 et n° 118, p. 198 et s. ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 148, p. 151.

la Convention européenne¹²⁰⁸. La Cour de cassation commence par exercer le contrôle *in abstracto* : après avoir vérifié l'applicabilité de l'article 8 en l'espèce, la présence d'une ingérence, portée par une loi claire, précise et accessible, elle examine le but légitime constitué par « la protection des droits des tiers et la sécurité juridique »¹²⁰⁹, ainsi que la nécessité et l'adéquation de la mesure : « 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 »¹²¹⁰. Puis, l'arrêt poursuit en affirmant qu'« il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, 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 »¹²¹¹. Dans l'ensemble, les étapes du contrôle s'affinent, s'individualisent et révèlent des différences selon le droit ou la liberté considéré, à la manière de la Cour de Strasbourg. Cependant, la place de l'intérêt général demeure discrète dans les motifs de la Cour de cassation.

248. L'intégration des étapes de raisonnement avec l'approfondissement du contrôle. Dans le *Memento sur le contrôle de conventionnalité* publié sur son site Internet, la Cour de cassation semble s'approprier les méthodes appliquées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'application de la Convention¹²¹². Ainsi, les juges sont invités, exactement comme le fait la Cour européenne pour les articles porteurs d'une clause d'ordre public, à vérifier « l'applicabilité du droit invoqué »¹²¹³, l'existence d'une ingérence dans ce droit¹²¹⁴, la base légale de cette dernière, entendue dans un sens matériel et non formel¹²¹⁵, la légitimité du but poursuivi¹²¹⁶ et enfin le « contrôle de proportionnalité proprement dit »¹²¹⁷. Ce dernier peut être « étendu » pour les articles dotés d'une clause d'ordre public, c'est-à-dire composé des trois étapes classiques d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict¹²¹⁸, ou « restreint » puisque réduit à la proportionnalité au sens strict pour l'article 1^{er} du

¹²⁰⁸ Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938.

¹²⁰⁹ *Ibid.*

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Ibid.*

¹²¹² V. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 7 à 9, p. 31 à 35 et n° 118, p. 198 et s.

¹²¹³ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 70, p. 15.

¹²¹⁴ *Ibid.*, n° 71, p. 16.

¹²¹⁵ *Ibid.*, n° 72 à 74, p. 16.

¹²¹⁶ *Ibid.*, n° 75 à 80, p. 17.

¹²¹⁷ *Ibid.*, n° 81 et s., p. 18 et s.

¹²¹⁸ *Ibid.*, n° 84 à 86, p. 18 et 19.

premier Protocole additionnel et l'article 6§1 ou lorsque survient un conflit entre deux droits et libertés garantis par la Convention, le juge se contentant alors de vérifier le « juste équilibre » ou encore le « rapport raisonnable de proportionnalité »¹²¹⁹ entre l'objectif et l'atteinte. La Cour de cassation intègre également l'impossibilité pour certains droits absolus de faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité dans leur application¹²²⁰.

249. L'intégration des figures de contrôle par la Cour de cassation. La Cour de cassation retient deux figures dans la mise en œuvre de la conventionnalité. La première est celle du contrôle qu'elle appelle « étendu », et qui concerne les droits dotés d'une clause d'ordre public : il comprend les étapes d'« adéquation », de « nécessité » et de proportionnalité au sens strict *in concreto*¹²²¹. Le contrôle « restreint », quant à lui, concerne la mise en œuvre de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, les conflits de droits fondamentaux et la protection de trois droits garantis par l'article 6 de la Convention : le droit d'accès à un tribunal, le droit de toute personne à voir sa cause entendue publiquement et le droit à l'exécution des décisions de justice¹²²². Dans ce cas, la vérification se limite à celle d'un « juste équilibre » entre les intérêts¹²²³, soit un contrôle de proportionnalité *stricto sensu* effectué *in concreto*¹²²⁴.

250. Un exemple d'une application plus rigoureuse de la méthode de la Cour européenne par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 13 juin 2019, la Cour semble mettre en œuvre précisément les étapes de contrôle de la Cour européenne¹²²⁵. Il était question d'une demande de rétractation d'une adoption qui aurait été détournée à des fins fiscales et successorales. Les bénéficiaires invoquaient pour se défendre l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la rétractation portant, d'après elles, une atteinte disproportionnée à leur droit à la vie privée et familiale, ainsi qu'au droit au respect de leurs biens. La Cour commence par rappeler le texte de l'article 8 de la Convention européenne puis constate que la mesure prise – la rétractation – constitue une ingérence qui n'est valable que si elle remplit les conditions du second paragraphe du texte. Elle s'assure que la mesure est prévue par la loi : « l'annulation de l'adoption est prévue par la loi française » et « l'article 353-2 du

¹²¹⁹ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 87 et 88, p. 19.

¹²²⁰ C. Arens, « Le contrôle de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 130. ; *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 24, p. 8.

¹²²¹ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 84 à 86, p. 18 et 19.

¹²²² *Ibid.*, n° 87, p. 19.

¹²²³ *Ibid.*, n° 88, p. 19.

¹²²⁴ *Ibid.*, n° 87, p. 19.

¹²²⁵ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 219, à propos de l'arrêt Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100. Sur la critique d'un contrôle *in concreto* « purement formel », v. A.-M. Leroyer, « Adoption : la tierce opposition au prisme du contrôle de proportionnalité », *RTDCiv.* 2019.564.

code civil, texte clair et précis, est accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets »¹²²⁶ ; le texte est ainsi non seulement légal mais il remplit en outre les exigences d'accessibilité et de prévisibilité. Ensuite, la Cour vérifie l'existence d'un but légitime : « la tierce opposition poursuit un but légitime, au sens du paragraphe 2 de l'article 8 précité, en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers qui n'ont pas été parties à la procédure et auxquels la décision n'a pas été notifiée »¹²²⁷. L'objectif poursuivi semble ainsi se rattacher à la dernière catégorie de but légitime énoncée par l'article : celle de la protection des droits et libertés d'autrui. La Cour de cassation poursuit en vérifiant l'adéquation de la mesure et sa nécessité afin de déduire que la loi est *in abstracto* conforme à la Convention : « cette procédure est strictement réglementée par la loi française » car « elle est 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 » ; par conséquent « ainsi conçue, elle est une mesure *nécessaire* pour parvenir au but poursuivi et *adéquate* au regard de cet objectif »¹²²⁸. Enfin, elle procède, à l'image de la Cour européenne, à un contrôle *in concreto* de la mesure : « 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 »¹²²⁹. Elle poursuit : « l'arrêt relève 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 ; [...] il constate que [les adoptées], qui étaient âgées de 22 ans lorsqu'elles ont fait la connaissance de [l'adoptant], 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 ; qu'il énonce que 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 [des adoptées] »¹²³⁰. Enfin, la Cour procède à un contrôle classique de l'atteinte au droit au respect des biens, qui fait l'objet d'un simple contrôle de proportionnalité au sens strict : « ayant fait

¹²²⁶ Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ *Ibid.*, nous soulignons.

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ *Ibid.*

ressortir que l'annulation de l'adoption ménageait un juste équilibre entre les intérêts en présence et ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale [des adoptées], la cour d'appel a légalement justifié sa décision au regard de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²³¹. La Cour de cassation s'efforce ainsi d'appliquer les étapes de raisonnement et d'emprunter le vocabulaire de la Cour européenne afin de se conformer aux exigences de la Convention.

2. La pratique du contrôle article par article

251. L'introduction du contrôle de proportionnalité *in concreto* et *in abstracto* concerne tous les articles dotés d'une clause d'ordre public (a). Le contrôle porte aussi sur les droits sans clause d'ordre public mais susceptibles de limitations par l'intérêt général : ainsi du droit au respect des biens et des droits procéduraux découlant de l'article 6 (b).

a. Les droits dotés d'une clause d'ordre public

252. L'approche théorique du contrôle au regard de l'article 8 de la Convention : l'intérêt général à travers le but légitime. Doté d'une clause d'ordre public, le droit à la vie privée et familiale devant la Cour de cassation fait l'objet d'un contrôle dit « étendu »¹²³². Conformément à la pratique européenne, la Cour de cassation procède en cinq étapes : applicabilité du droit¹²³³, détection d'une ingérence¹²³⁴, légalité de cette dernière¹²³⁵, justification par un but légitime¹²³⁶ et enfin, « proportionnalité » de l'ingérence¹²³⁷, qui est entendue au sens large, puisqu'elle comprend l'étude des motifs pertinents et suffisants et la proportionnalité au sens strict¹²³⁸, cette dernière étape étant exclusive des autres dans le cadre d'une « atteinte passive »¹²³⁹ ou du conflit entre deux droits fondamentaux concurrents¹²⁴⁰. Par l'étude du but légitime, et la reprise des éléments du contrôle de proportionnalité au sens large, la Cour de cassation intègre théoriquement la méthode d'identification et de mise en œuvre de l'intérêt général à la manière de la Cour européenne.

¹²³¹ Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100.

¹²³² *Memento du contrôle de conventionnalité...*, n° 84 et s., p. 18 et s.

¹²³³ *Ibid.*, p. 52 et s.

¹²³⁴ *Ibid.*, p. 54 et s.

¹²³⁵ *Ibid.*, p. 56 et s.

¹²³⁶ *Ibid.*, p. 57 et s.

¹²³⁷ *Ibid.*, p. 57.

¹²³⁸ *Ibid.*, n° 19, p. 57 et 58.

¹²³⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, n° 21, p. 58.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, *op. cit.*, n° 22, p. 58 ; B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 20.

253. L'approche théorique du contrôle selon l'article 10 de la Convention : principalement des cas de conflits de droits. Porteur d'une clause d'ordre public, l'article 10 bénéficie en principe d'une mise en œuvre qui suit les étapes classiques de la clause d'ordre public¹²⁴¹. La proportionnalité n'est appréciée qu'au sens strict s'il s'agit de la violation d'une obligation positive ou du conflit entre deux droits et libertés¹²⁴². Dans le cas de la liberté d'expression, c'est cette dernière hypothèse qui est la plus fréquente¹²⁴³ : l'article 10 de la Convention est désormais visé là où historiquement l'article 9 du code civil l'était, lorsque la liberté d'expression entre en conflit avec le droit au respect de la vie privée¹²⁴⁴. Désormais, la mise en œuvre de l'article 10 implique la recherche d'un éventuel « débat d'intérêt général »¹²⁴⁵, qui dépend de la « qualité de la personne visée » par les informations diffusées¹²⁴⁶ et de la « nature du sujet traité »¹²⁴⁷, la marge d'appréciation étant faible sur ce point¹²⁴⁸.

254. L'indifférence apparente de la Cour de cassation aux articles 9 et 11 de la Convention : une mise en œuvre rare. La liberté de conscience et de religion, prévue à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, fait partie des droits dotés d'une clause d'ordre public. Pourtant, sa mise en œuvre n'est pas traitée dans le *Memento sur le contrôle de proportionnalité*. Le recours à cet article est plutôt rare devant la Cour de cassation¹²⁴⁹. Cependant, sa mise en œuvre suivrait sans doute le modèle des autres articles porteurs d'une clause d'ordre public. Tout comme l'article 9, l'article 11 de la Convention n'a

¹²⁴¹ Applicabilité du droit (*Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 30 à 33, p. 83 et 84), vérification de la présence d'une ingérence (n° 34 à 37, p. 84 et 85), fondement légal (n° 38 et s., p. 86 et s.), but légitime (n° 45 et s., p. 88 et s.), la nécessité dans une société démocratique (n° 51 et s., p. 89 et s.) au moyen des motifs pertinents et suffisants (n° 52, p. 89 et 90), ainsi que la proportionnalité au sens strict (n° 52, p. 89 et 90).

¹²⁴² *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 55 à 57, p. 91.

¹²⁴³ Pour des exemples de conflit entre la loi et l'article 10, v. *Memento du contrôle de conventionnalité...*, p. 98 : sur les « secrets institués par la loi » (secret fiscal, perquisitions), mais qui s'éloignent de notre sujet d'étude.

¹²⁴⁴ V. par ex. Civ. 2^e, 3 juin 2004, n° 03-11.533 ou encore Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-14.610, qui mettaient tous deux en scène ce conflit.

¹²⁴⁵ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, p. 91 et s. Sur ce point, v. *infra*, n° 755 et s. et n° 483 et s.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, n° 61 et 62, p. 92.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, n° 63 et s., p. 92 et s.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, n° 66 et s., p. 94 et s. D'autres critères sont également mis en œuvre : la distinction entre « déclaration de fait et jugement de valeur » (p. 95 et s.) ; la « base factuelle suffisante » (p. 96 et s.) ; et la « conciliation avec l'approche nationale » (p. 97 et s.).

¹²⁴⁹ La plupart des exemples concerne la matière criminelle qui n'est pas l'objet de notre étude, mais il fut le fondement de quelques contrôles de conventionnalité : le regroupement des médecins dans un ordre professionnel fut considéré comme conforme au droit d'exprimer ses convictions en 1983 en ce que lui incombe « des missions de service public concernant l'organisation, le fonctionnement, la déontologie et la défense de la profession médicale » (Civ. 1^{re}, 26 avr. 1983, n° 82-11.541 et Civ. 1^{re}, 29 févr. 1984, n° 83-10.203). De même, l'interdiction du port du voile à l'école n'est pas incompatible avec cet article (Civ. 1^{re}, 21 juin 2005, n° 02-19.831). Enfin, la justification religieuse ne saurait ôter à une l'abstention sexuelle imposée par un époux sa qualification de violation des devoirs du mariage constitutive d'une faute (Civ. 2^e, 21 mai 1990, n° 89-12.512). V. toutefois, pour une application en matière contractuelle : Civ. 3^e, 18 déc. 2002, n° 01-00.519 ; sur cet arrêt, v. *infra*, n° 649 et s.

pas été envisagé par le *Memento* relatif au contrôle de proportionnalité¹²⁵⁰. De même que pour l'article 9, l'article 11, doté d'une clause d'ordre public, devrait suivre le modèle des articles 8 et 10 pour la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

b. Les droits dépourvus de clause d'ordre public

255. L'approche théorique du contrôle au regard de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel : la mise en œuvre de l'intérêt général. L'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention n'autorise les privations de propriété que pour cause d'utilité publique et n'admet la réglementation des biens que si elles sont justifiées par l'intérêt général ; ce qui implique une identification par le juge¹²⁵¹. L'article permet également de protéger contre les atteintes à la « substance » du droit au respect des biens¹²⁵². Comme il ne s'agit pas d'un contrôle au regard de la clause d'ordre public, une fois qu'un « bien » au sens de la Convention a été identifié¹²⁵³, ainsi que la présence d'une ingérence¹²⁵⁴, la base légale de cette dernière¹²⁵⁵ et le but légitime – cause d'utilité publique pour la privation de propriété, intérêt général pour la réglementation de l'usage des biens¹²⁵⁶, le juge n'est pas tenu d'un contrôle de l'adéquation et de la nécessité, mais simplement d'un contrôle de proportionnalité au sens strict¹²⁵⁷ : les États sont, dans ce domaine, « seuls juges de la nécessité » et disposent d'une importante marge d'appréciation¹²⁵⁸, qui dépend toutefois du domaine considéré¹²⁵⁹. C'est ainsi que la Cour de cassation a estimé que la sanction de l'erreur sur le taux effectif global entraînant l'application du taux légal était « fondée sur l'absence de consentement de l'emprunteur au coût global du prêt » et donc « ne [constituait] pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens garanti par

¹²⁵⁰ Civ. 1^{re}, 20 mai 2010, n° 09-65.045. V. aussi, Civ. 3^e, 12 juin 2003, n° 02-10.778 : cet article motiva l'annulation d'une clause d'obligation d'adhésion à une association de commerçant insérée dans un contrat de bail commercial. Dans le cadre du contrôle de conventionnalité, l'article fonda le maintien de l'obligation pour un avocat d'adhérer et de cotiser à la Caisse nationale des barreaux français prévu par la loi aux motifs que « l'obligation faite par l'article L. 723-1 du code de la sécurité sociale pour un avocat de cotiser à la Caisse nationale des barreaux français, [est] justifiée par la protection des droits et libertés d'autrui, dont relève la contribution à la prévention des risques sociaux pouvant atteindre les membres de la profession » (Civ. 1^{re}, 19 juin 2001, n° 99-19.450).

¹²⁵¹ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 105, p. 116.

¹²⁵² *Ibid.*, *op. cit.*, n° 99 et 100, p. 114 et 115 ; sur la distinction entre les trois formes d'atteintes, v. F. Sudre, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 1988.71, spéc. p. 74 et s.

¹²⁵³ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 80 et s., p. 111 et s. Sur cette identification, v. G. Sebban, *Le bien juridique – Essai sur le système des droits patrimoniaux*, dir. C. Brenner, thèse dactyl. Paris II, 2020, n° 19, p. 24, et note de bas de page n° 115 : il semble bien plus fréquent de considérer que le critère pour désigner un bien est son « intérêt économique » et sa « valeur patrimoniale ».

¹²⁵⁴ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 94 et s., p. 114 et s.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, n° 103, p. 116.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, n° 105, p. 116.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, n° 108, p. 117.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, n° 111, p. 117.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, n° 114, p. 118.

l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²⁶⁰. Il semble cependant que la Cour de cassation soit réticente au contrôle de proportionnalité dans certains cas¹²⁶¹.

256. Les droits procéduraux issus de l'article 6 de la Convention. Les droits procéduraux ont pour fondement l'article 6 de la Convention européenne, lequel ne comporte pas de clause d'ordre public générale¹²⁶². La mise en œuvre de cet article est différente selon la chambre de la Cour de cassation : il semble que la deuxième chambre civile refuse tout contrôle *in concreto* en matière procédurale, tandis que la première chambre civile l'admet pour la prescription dans certains cas¹²⁶³.

257. Le refus par la deuxième chambre civile du contrôle *in concreto* pour les droits procéduraux. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation adopte une approche à part du contrôle de conventionnalité, qu'elle expose au sein du *Memento* publié sur le site de la Cour. Elle estime que, dans le cas des droits dits « procéduraux »¹²⁶⁴, le contrôle doit être limité à une approche abstraite¹²⁶⁵. Les droits procéduraux, principalement portés par l'article 6 de la Convention, mais également par l'article 7, équivalent conventionnel du principe de légalité des délits et des peines, et l'article 13 relatif au droit à un recours effectif en cas de violation de la Convention¹²⁶⁶, ne sont le plus souvent confrontés aux dispositions légales françaises que par un contrôle de proportionnalité *in abstracto*. Dépourvus de clauses d'ordre public¹²⁶⁷, ces articles peuvent faire l'objet de limitations dont les conditions de validité sont d'origine jurisprudentielle¹²⁶⁸ et qui doivent être justifiées par un but légitime. Un tel contrôle de la proportionnalité ne résulte pas directement du texte, il découle d'une construction effectuée par la Cour européenne¹²⁶⁹. La Cour de cassation épouse cette pratique et contrôle la

¹²⁶⁰ Com., 12 janv. 2016, n° 14-15.203.

¹²⁶¹ V. *infra*, n° 257 et s.

¹²⁶² Sur ce point, v. *supra*, n° 46. La seule possibilité de restriction existe pour l'exigence de publicité des débats, v. *supra*, n° 89.

¹²⁶³ V. *infra*, n° 257 et s.

¹²⁶⁴ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 7 et 8 ; v. également A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 60 et s., spéc. p. 64.

¹²⁶⁵ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 24 et s.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, spéc. p. 17.

¹²⁶⁷ *Ibid.* ; *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 7 et 8 ; v. également A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 64, à l'exception du devoir de publicité des jugements et des audiences, v. *supra*, n° 89.

¹²⁶⁸ A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 62. Sur ce point, v. *supra*, n° 46.

¹²⁶⁹ Sur ce point, v. *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 153, p. 36 : ainsi qu'il a déjà été évoqué, l'article énonce en effet que le seul droit qui peut être limité dans un but légitime est la publicité des débats. La Convention ne prévoit pas de possibilité de limiter en période normale le droit d'accès à un tribunal, qui n'est susceptible que de dérogations et non de restrictions.

possibilité de limiter, dans des circonstances normales, les droits garantis par l'article 6. Cette pratique de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation concerne principalement l'accès à l'appel¹²⁷⁰ et les délais de procédure¹²⁷¹.

258. Illustrations jurisprudentielles du contrôle exclusivement *in abstracto* : un contrôle axé sur l'intérêt général poursuivi par la loi. C'est ainsi que le contrôle est principalement centré sur le but légitime, sans examen concret des intérêts des parties au litige. Ainsi, dans un arrêt du 22 mars 2018, la deuxième chambre civile affirma explicitement qu'« ayant relevé que l'appelant n'avait pas déposé ses conclusions au greffe de la cour d'appel dans le délai imparti par la loi, et retenu que la caducité de la déclaration d'appel [...] ne constitue pas une sanction disproportionnée au but poursuivi, qui est *d'assurer la célérité et l'efficacité de la procédure d'appel*, et n'est pas contraire aux exigences de l'article 6§1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » ; en effet, « la réforme de la procédure d'appel [...] a encadré la procédure dans des délais très stricts sanctionnés d'office, [...] dans le but, *conforme à l'intérêt général*, d'accélérer le déroulement des procédures, ce qui n'est en contradiction ni avec le droit au procès équitable ni avec le principe de proportionnalité » car « l'automatisme des sanctions » constituait « la condition nécessaire de l'effectivité de la réforme, de sorte que le conseiller de la mise en état n'avait pas fait preuve d'un formalisme excessif mais qu'il avait au contraire fait une juste application des dispositions susvisées »¹²⁷². Les juges se contentent donc d'un contrôle de la règle sans s'attarder sur les intérêts des parties, ni les mettre en balance avec l'intérêt général¹²⁷³. Le contrôle est ainsi centré sur le but légitime et l'atteinte est appréciée indépendamment des intérêts particuliers des parties dans l'affaire considérée. La méthode appliquée par la deuxième chambre civile laisse ainsi une très grande place à l'intérêt général : elle refuse de le mettre en balance avec un intérêt individualisé et vérifie simplement la proportionnalité telle

¹²⁷⁰ A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 64 à 66.

¹²⁷¹ *Ibid.*, spéc. p. 66 et 67.

¹²⁷² Civ. 2^e, 22 mars 2018, n° 17-12.049, v. B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 17, nous soulignons.

¹²⁷³ V. aussi Civ. 2^e, 21 févr. 2019, n° 17-28.285, v. B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 23 : les juges estimèrent que l'article 916 du code de procédure civile « poursuit un but légitime de célérité de traitement des incidents affectant l'instance d'appel, en vue du jugement de celui-ci dans un délai raisonnable ; que l'irrecevabilité frappant le déféré formé au-delà de ce délai ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, dès lors que les parties sont tenues de constituer un avocat, professionnel avisé, en mesure d'accomplir les actes de la procédure d'appel, dont fait partie le déféré, dans les formes et délais requis ». Pour un autre exemple de refus de contrôle concret : Civ. 1^{re}, 9 avr. 2013, n° 11-27.071, nous soulignons : « si le droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret et effectif constitue un aspect, *n'est pas absolu*, les conditions de recevabilité d'un recours ne peuvent toutefois en restreindre l'exercice au point qu'il se trouve atteint dans sa substance même ».

qu'elle est envisagée dans la règle, sans s'intéresser aux circonstances de fait de l'espèce ni aux effets de l'application de la loi sur les intérêts des parties considérées.

259. Les raisons du refus de contrôle concret : l'intérêt général. Ainsi, un tel contrôle « diffère selon le droit en cause et procède, le plus souvent, d'une mise en balance, non pas des intérêts particuliers en présence, mais de l'atteinte au droit invoqué au regard de *l'objectif poursuivi par la loi de procédure* »¹²⁷⁴. Monsieur le président Bruno Pireyre, qui expose la vision de la deuxième chambre civile dans le *Memento* relatif au contrôle de conventionnalité, justifie une telle pratique par un souci de sécurité juridique¹²⁷⁵. Il estime en effet que l'imprévisibilité des règles procédurales causerait un trop grand grief et que ces dernières, dès lors qu'elles sont *en soi* conformes à la Convention, ne peuvent faire l'objet d'une appréciation au cas par cas¹²⁷⁶. L'intérêt général bénéficie donc d'un avantage. Il est apprécié à travers la raison d'être de la règle considérée, qui n'est examinée qu'au stade du contrôle abstrait, et dont l'existence garantit la sécurité juridique, enjeu d'intérêt général commun à toutes les règles procédurales. Le contrôle *in concreto* est cependant admis dans certains cas particuliers qui ne sont pas rattachables à la remise en cause de l'intérêt général par les droits fondamentaux¹²⁷⁷.

¹²⁷⁴ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 32 (nous soulignons).

¹²⁷⁵ *Ibid.*, spéc. p. 24.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ Monsieur le président Bruno Pireyre souligne que le juge exerce un contrôle *in concreto* sur les droits de procédure lorsqu'il applique, sur le modèle de la Cour européenne, le critère du « formalisme excessif » (B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 20). Le contrôle *in abstracto* s'intéresse en effet principalement aux composantes du droit d'accès au juge qui concernent les formalités et délais péremptoires (p. 27). En revanche une appréciation *in concreto* peut avoir lieu lorsqu'est prévu un pouvoir d'appréciation du juge (p. 28 et s., l'auteur cite notamment l'article 910-3 du code de procédure civile sur l'exclusion des sanctions en cas de force majeure dans la procédure d'appel), ce qui rejoint la situation précédemment exposée dans laquelle l'exigence de contrôle de proportionnalité se trouve renforcée lorsque le droit interne n'a pas prévu d'arbitrage. En outre, le contrôle *in concreto* se rencontre dans le contrôle du respect de certaines exigences liées à une bonne administration de la justice : le droit à un tribunal indépendant et impartial, l'exigence de motivation des décisions de justice et le droit d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable (B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 30 ; *contra* A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, qui considère que le droit à un tribunal indépendant et impartial ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité). Cependant, il semble qu'il ne s'agisse pas d'un contrôle de proportionnalité ou de conventionnalité au regard de la Convention européenne ou d'un contrôle approfondi des éléments de fait (B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 31), mais plutôt d'un exercice aiguisé du pouvoir d'appréciation du juge (p. 32). En réalité, seul le droit à la publicité des débats, qui admet des restrictions textuelles fondées sur l'intérêt général (n° 153 et s., p. 36 et s.) et le droit à l'exécution des décisions de justice (n° 160 et s., p. 37 et s.) entraînent un contrôle de proportionnalité. Tous les droits garantis par l'article 6 de la Convention ne donnent pas lieu à un contrôle de proportionnalité au sens large, comme le droit à un tribunal indépendant et impartial (*Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 167 et s., p. 38 et s. ; A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 62), d'être jugé dans un délai raisonnable (*Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 172 et 173, p. 39), de voir sa cause entendue équitablement (*ibid.*, n° 174 et s., p. 39 et s.), ainsi que l'égalité des armes (A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 62) ou encore le principe de la contradiction (B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 18 et 19), et dans ce cas, on ne recherche ni la légitimité de

260. Le contrôle *in concreto* des délais de prescription par la première chambre civile. Ainsi le contrôle des droits procéduraux par la deuxième chambre civile, qui affirme n'exercer qu'un contrôle *in abstracto*, met à l'honneur l'intérêt général en réaffirmant le but légitime et en rappelant le rapport de proportionnalité qu'entretient la règle avec ce but. À l'inverse, la première chambre civile admet le contrôle *in concreto* des délais de prescription et de forclusion¹²⁷⁸, ce qui pourrait s'expliquer en raison du domaine d'application¹²⁷⁹ : elle a ainsi écarté le délai de trente ans pour agir en nullité du mariage sur le fondement de l'article 161 du code civil dans l'arrêt du 4 décembre 2013¹²⁸⁰. Dans un autre arrêt du 7 novembre 2018¹²⁸¹, elle procéda également au contrôle *in concreto* du délai pour agir en contestation d'une filiation¹²⁸². Ainsi la première chambre civile de la Cour de cassation ne s'aligne pas sur la deuxième, sans doute en raison de la matière considérée¹²⁸³.

261. Conclusion de la section. Le développement du contrôle de proportionnalité s'explique par l'inspiration que la Cour de cassation tire des pratiques respectives du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. Si le premier exerce un contrôle très axé sur l'intérêt général et la conformité abstraite de la norme, la seconde articule sa

l'atteinte, ni son but. Une telle pratique est logique : ces garanties n'entraînent pas de besoin de proportionnalité mais une appréciation plus objective.

¹²⁷⁸ Nous n'entrerons pas ici dans le débat sur la nature des règles de prescription (règles de procédures ou règles de fond) sur ce sujet v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil...*, *op. cit.*, n° 1796, p. 1971 et 1972. Le débat n'aurait en effet pas ici de portée puisque la deuxième chambre civile n'effectue pas de contrôle *in concreto* sur les délais, ce que fait la première chambre civile, B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, p. 23, en donne plusieurs exemples, sur l'art. 916 c. proc. civ. (Civ. 2^e, 21 févr. 2019, n° 17-28.285), ou encore l'art. 911 (Civ. 2^e, 5 sept. 2019, n° 18-21.717 et Civ. 2^e, 27 févr. 2020, n° 19-10.849).

¹²⁷⁹ A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 60 et p. 67 et 68 : la première chambre civile exerce un contrôle *in concreto* y compris pour les règles de procédure ; l'auteur y voit une différence liée au domaine considéré (droit des personnes, filiation...).

¹²⁸⁰ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

¹²⁸¹ Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938.

¹²⁸² *Contra* C. Berthier, *thèse préc.*, n° 78, p. 132 et 133, qui considère à l'inverse que le première chambre civile pourrait se rallier à la position de la deuxième chambre civile sur ce point.

¹²⁸³ A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 60 et p. 67 et 68 : la première chambre civile exerce un contrôle *in concreto* y compris pour les règles de procédure ; l'auteur y voit une différence liée au domaine considéré (droit des personnes, filiation...). *Contra* C. Berthier, *thèse préc.*, n° 78, p. 132 et 133, qui affirme d'ailleurs que sur le contrôle des règles procédurales, la première chambre civile se rallie à la deuxième en refusant le contrôle *in concreto*, comme en témoigne notamment un arrêt Civ. 1^{re}, 27 janv. 2021, n° 19-22.508. Nous ne partageons pas cette analyse. En effet, dans cet arrêt, la Cour de cassation commence par qualifier le but légitime – « les buts légitimes de protection des majeurs vulnérables et d'efficacité des mesures » – puis elle établit le rapport de proportionnalité – « [les règles] ménagent un rapport raisonnable de proportionnalité entre la restriction du droit d'accès au juge et le but légitime visé dès lors que les tiers à la mesure de protection disposent des voies de droit commun pour faire valoir leurs intérêts personnels » – et elle conclut en déclarant : « le concubinage de [la demanderesse] et [du majeur protégé] avait pris fin en mars 2015 et après la séparation du couple, [la demanderesse] n'avait pas entretenu avec le majeur protégé des liens étroits et stables au sens de l'article 430 du code civil, ce dont il résultait que l'absence de droit d'appel de celle-ci ne portait pas atteinte à son droit d'accès au juge, la cour d'appel a violé les textes susvisés. » ; le contrôle ne se limite pas, à notre sens, à la situation abstraite. En outre, elle effectue un contrôle *in concreto* dans Civ. 1^{re}, 10 oct. 2019, n° 18-21.966 (C. Berthier, *thèse préc.*, n° 78, p. 134).

méthode autour de la mise en balance des objectifs poursuivis par l'État. Les effets sur la Cour de cassation sont variables : son rôle de filtrage des questions de constitutionnalité se distingue d'un véritable office de juge constitutionnel, ce qui explique une reprise seulement partielle des méthodes du Conseil. À l'inverse, sensible aux risques de condamnation, elle s'efforce de reproduire fidèlement le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme, vis-à-vis de laquelle elle assume son rôle d'application de la Convention en première ligne en vertu du principe de subsidiarité¹²⁸⁴. Le renforcement du contrôle de proportionnalité devrait donc, en principe, entraîner une valorisation de la place de l'intérêt général dans le raisonnement du juge.

262. Conclusion du chapitre. La seule présence de l'intérêt général dans les textes porteurs de droits fondamentaux ne suffisait pas pour amorcer son contrôle devant le juge judiciaire. L'introduction de la méthode de proportionnalité, fortement axé sur l'examen et la mise en œuvre des objectifs de la loi, accentua sa place de limite dans l'office du juge. En effet, chaque étape du contrôle de proportionnalité s'articule autour de l'intérêt général, qui devient par conséquent l'une des pièces maîtresses du raisonnement. L'influence de la méthode de la Cour européenne apparaît plus évidemment dans la pratique de la Cour de cassation, qui procède désormais à un double contrôle de conventionnalité *in abstracto* et *in concreto*, que celle des pratiques du Conseil constitutionnel. Cela se justifie sans doute par la différence de rôle de la Cour de cassation : chargée de la première application de la Convention européenne, elle ne sert que de filtre aux questions prioritaires de constitutionnalité. Cependant, son office devrait en principe la conduire à procéder à une double identification de l'intérêt général : l'une abstraite, sous forme de recherche des objectifs poursuivis par la règle ; l'autre concrète, liée aux circonstances du litige.

263. Conclusion du titre. L'apparition de la limite d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de cassation a donc deux causes : la première est sa présence dans les textes porteurs de droits fondamentaux. Cette dernière invite à confronter l'objectif poursuivi par la règle aux exigences du texte, l'intérêt général prenant alors souvent la forme d'un standard. Il faut cependant attendre les débuts du contrôle de conventionnalité et du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité pour que la limite soit effectivement mise en œuvre par la Cour de cassation. Pour cela, elle a recours à une méthode laissant une très grande place à l'intérêt général : le contrôle de proportionnalité. Ce dernier peut être abstrait ou concret et devrait entraîner, en principe, une double identification abstraite et concrète de l'intérêt général : la première correspondant à la recherche de l'objectif poursuivi par la loi ; la seconde

¹²⁸⁴ V. *infra*, n° 426 et s.

à la raison de l'application de la loi dans le cas particulier, qui peut s'incarner dans les intérêts d'une des parties, ou les dépasser.

264. Il convient désormais de se pencher sur la mise en œuvre de la limite d'intérêt général à travers la détermination de son contenu et son maniement par le juge.

TITRE 2 : ANALYSE MÉTHODOLOGIQUE : LES FAIBLESSES DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

265. La place de l'intérêt général face aux droits fondamentaux est visible à la fois dans les textes et dans le raisonnement du juge. Il nous incombe désormais de nous intéresser au maniement de cette limite par le juge judiciaire.

266. L'intérêt général est une notion formelle et substantielle, dont le juge doit déterminer le contenu (**chapitre 1**). Il semble que l'analyse des arrêts, ainsi que de leurs différents documents préalables, ne permette pas de déceler de véritable méthode de détermination de l'intérêt général. La question de son identification, et notamment de l'apport des éléments susceptibles de guider le juge dans sa détermination, demeure encore incertaine. Le renfort de la comparaison avec d'autres juridictions ne permet pas non plus véritablement à la Cour de cassation de s'inspirer d'une méthode préétablie.

267. Le juge judiciaire, après avoir octroyé un contenu à l'intérêt général, doit s'en servir dans le raisonnement (**chapitre 2**). Il se trouve alors sous l'influence de la pratique du Conseil constitutionnel en ce qui concerne le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité et de la Cour européenne des droits de l'homme pour le contrôle de conventionnalité abstrait et concret. Si le Conseil constitutionnel procède à une véritable qualification des enjeux d'intérêt général, ainsi qu'à leur classification, la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas faire de véritable différenciation entre les enjeux. En revanche, elle se prononce abondamment sur les buts invoqués par les États, allant jusqu'à les requalifier et les refuser, le cas échéant. La Cour de cassation ne reprend que partiellement la méthode du Conseil constitutionnel, ce qui s'explique sans doute par la détermination de son rôle, qui n'est pas vraiment celui d'un contrôle de constitutionnalité : elle prend en compte le vocabulaire employé mais semble prudente dans ses décisions de transmission et de refus. L'intérêt général apparaît davantage dans cette dernière catégorie, pour justifier la constitutionnalité de la loi à travers le caractère « sérieux » de la question. Elle se montre également plus réservée que la Cour européenne dans l'appréciation et l'utilisation du but légitime pour justifier les ingérences. Elle procède en outre à une confusion regrettable entre le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto*, qui la conduit à n'effectuer qu'un examen partiel de chacun, malgré d'importantes évolutions sur la rationalisation de sa pratique.

CHAPITRE 1 : LA DÉTERMINATION DU CONTENU DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

268. Prévues par les textes et utilisées par de nombreuses juridictions, la limite d'intérêt général trouve peu à peu sa place dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Toutefois, la question de la détermination de son contenu n'apparaît pas avec évidence. Le juge ne semble pas avoir de méthode définie pour rechercher l'objectif poursuivi par la règle limitant les droits et libertés fondamentaux. Or cette méthode doit être convaincante car « le temps n'est plus où affirmer l'intérêt général mettait fin à la discussion. Il faut le démontrer, au cas par cas. Il est devenu lui-même objet de débat »¹²⁸⁵. L'intérêt général n'est plus un argument de nature à emporter en lui-même la conviction ; il se démontre et devient un élément du raisonnement. Ainsi, la fonction de détermination de l'intérêt général se partage désormais entre le juge et le législateur¹²⁸⁶, bien que leurs pouvoirs ne soient pas parfaitement identiques. Quelle est la méthode de détermination de l'intérêt général par la Cour de cassation ? Dans quelle mesure cette méthode est-elle inspirée d'autres juridictions ?

269. L'intérêt général abstrait et l'intérêt général concret devraient chacun faire l'objet d'une méthode de détermination précise¹²⁸⁷. Le premier s'identifie par la recherche des objectifs de la loi¹²⁸⁸. Le second se révèle davantage par le pouvoir d'appréciation du juge : à partir des éléments de l'intérêt général abstrait, le juge doit être en mesure de déterminer l'intérêt général concret en fonction des données du litige qui permettent de le dévoiler. Le juge doit « concrétiser » l'intérêt général dans le litige pour déterminer de quelle manière il trouve à s'appliquer.

270. L'observation de la méthode de détermination du contenu de l'intérêt général devant la Cour de cassation (**section 1**) ainsi que la comparaison avec d'autres juridictions amenées à le manier dans des situations similaires, pourraient éclairer cette question (**section 2**).

¹²⁸⁵ D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art préc.*, spéc. p. 16.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, spéc. p. 19.

¹²⁸⁷ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

¹²⁸⁸ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 et 38 ; G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cah. Cons. const.*, n° 16, juin 2004 ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 37 et 38.

SECTION 1 : LA DÉTERMINATION JUDICIAIRE DU CONTENU DE LA LIMITE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

271. La limite d'intérêt général, présente dans les textes et dans les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, revêt une plus faible portée devant la Cour de cassation. Elle prend le plus souvent la forme d'une pétition de principe dans les arrêts (§1) et elle est peu visible dans les travaux préalables (§2). En outre, il importe de s'interroger sur la manière dont l'intérêt général intègre la cause (§3) : est-ce le juge qui doit en apporter les éléments de démonstration ou les parties qui doivent le prouver ?

§1. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL COMME PÉTITION DE PRINCIPE DANS LES MOTIFS

272. **L'intérêt général énoncé sans démonstration.** Outre la rareté de l'intérêt général et le faible développement dont il fait l'objet dans les arrêts de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité et de contrôle de conventionnalité, sa détermination dans les arrêts de la Cour de cassation ne fait pas l'objet d'une véritable méthode. Les juges ont le plus souvent recours dans ce domaine à une « simple affirmation » au sens où l'entend Atias, c'est-à-dire, non pas une « motivation », mais une « pétition de principe » ; or « de la pétition de principe à la position justifiée, la distance est considérable ; elle sépare le pouvoir, fondé sur l'investiture de celui qui l'exerce, sur sa place dans une hiérarchie sociale et institutionnelle, et sur son autorité, du pouvoir fondé [sur la] raison, qui se subordonne à la qualité des raisons qu'il invoque »¹²⁸⁹. Sauf exception notable, l'intérêt général semble faire souvent l'objet de ces « pétitions de principe » et autres « simples affirmations »¹²⁹⁰. Si cette situation se comprend peut-être pour l'intérêt général concret, qui relève davantage de l'appréciation du juge, elle semble autrement plus discutable en ce qui concerne l'intérêt général abstrait, qui devrait en principe être recherché dans les objectifs poursuivis par la loi¹²⁹¹. Toutefois, les coulisses de la découverte de l'intérêt général demeurent difficiles à pénétrer, ce qui accentue l'impression de sa faible importance dans le raisonnement.

273. Ainsi, qu'il s'agisse des arrêts rendus sur le fondement des droits et libertés garantis par la Constitution (A) ou par la Convention européenne des droits de l'homme (B), il

¹²⁸⁹ C. Atias, « La “simple affirmation” du juge », *D.* 2010.221, n° 1.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 et 38. G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace... », *art. préc.* ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 37 et 38.

semble que son emploi dans le raisonnement se réduise à une simple pétition de principe qui n'a même pas de caractère systématique.

A. L'absence de méthode de détermination dans les arrêts de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité

274. L'intérêt général affirmé sans justification. La référence à l'intérêt général, rare dans les arrêts de transmission des questions prioritaires de constitutionnalité, présente une plus grande fréquence dans les arrêts de refus de transmission. Toutefois, même dans ce cas, sa méthode de détermination demeure obscure. Une illustration fut donnée par un arrêt du 3 octobre 2018¹²⁹². La question se posait de savoir si une rupture d'égalité existait entre le créancier d'une prestation compensatoire en capital, qui peut réclamer sa créance pendant dix ans en vertu de l'article L. 111-4 du code des procédures civiles d'exécution, et le créancier qui, en raison de la situation financière du débiteur, bénéficie d'un versement périodique et ne peut réclamer les échéances anciennes de plus de cinq ans. Le Conseil constitutionnel affirme classiquement que « le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». En d'autres termes, selon cette formule, deux situations sont possibles : soit la loi peut régler différemment des situations différentes – mais elle n'y est jamais obligée, et dans ce cas il faut que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi ; soit elle déroge à l'égalité – dans des situations qui pourraient donc être considérées comme juridiquement similaires – pour des raisons d'intérêt général, mais il faut ici encore que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi. Or la Cour de cassation raisonne de la manière suivante : elle affirme que le « principe d'égalité devant la loi, ne s'oppose pas à ce que des situations différentes soient réglées de façon différente, dès lors que cette différence de traitement est en rapport direct avec la loi qui l'établit ». Elle ajoute que la différence de traitement constatée « répond à des objectifs d'intérêt général de protection du débiteur en incitant les créanciers à agir rapidement et [...] contribue à traiter de façon équivalente les créanciers d'une prestation compensatoire allouée sous forme de rente par un jugement de divorce et ceux d'une prestation compensatoire instituée sous la même forme par une convention sous seing privé de divorce par consentement mutuel, laquelle ne bénéficie pas de la prescription de l'article L. 111-4 du code des procédures civiles d'exécution »¹²⁹³. Ainsi, tout

¹²⁹² Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 18-13.828.

¹²⁹³ *Ibid.*, nous soulignons.

se passe comme si elle combinait les critères des deux situations : elle constate une différence de traitement en raison d'une différence de situation et, outre l'exigence de rapport avec l'objet de la loi, elle énonce un enjeu d'intérêt général qui n'est pas requis par les exigences du Conseil constitutionnel, pour finalement conclure que la différence conduit à traiter les créanciers « de manière équivalente ». La Cour de cassation ne semble donc pas se prononcer sur la question de savoir s'il s'agit d'une différence de traitement ou d'un traitement identique entre les deux situations : elle combine les deux critères, comme pour étayer le mécanisme. Ceci la conduit à énoncer un objectif d'intérêt général : celui de la « protection du débiteur en incitant les créanciers à agir rapidement », sans que l'on sache d'où vient cet intérêt ni comment la Cour le découvre. De même, dans un arrêt du 5 octobre 2016, dans lequel était contestée la constitutionnalité des deux premiers alinéas du I de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965, relatif à la désignation d'un administrateur provisoire lorsque « l'équilibre financier du syndicat des copropriétaires est gravement compromis »¹²⁹⁴, la Cour de cassation affirme que le mécanisme « répond à la nécessité de garantir à chacun un logement décent en rétablissant la situation financière et la conservation de l'immeuble, motif d'intérêt général »¹²⁹⁵. La Cour de cassation appuie donc son refus de transmission sur un motif d'intérêt général dont elle ne donne pas l'origine ; elle se contente de l'identifier. De la même manière encore, dans un arrêt du 2 novembre 2011, la troisième chambre civile, dans une espèce à l'occasion de laquelle était remise en cause la constitutionnalité des articles 676 et 677 du code civil sur la possibilité d'aménager des ouvertures dans un mur mitoyen, affirme que ces dispositions « tendent à assurer des relations de bon voisinage par l'édiction de règles de construction proportionnées à cet objectif d'intérêt général »¹²⁹⁶. L'intérêt général a tout d'une pétition de principe.

275. L'absence de méthode apparente dans les arrêts de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité. Tous ces exemples tendent à montrer que la Cour de cassation a recours à l'intérêt général pour justifier ses décisions dans le cadre du filtre de constitutionnalité, mais que la découverte et l'élaboration de son contenu ne font pas l'objet d'une recherche ou d'une démonstration apparente. Le juge semble se contenter d'affirmer qu'un objectif d'origine inconnue est d'intérêt général et qu'il s'agit de l'objectif poursuivi par la loi, sans s'expliquer sur l'origine de cette affirmation, ni sur les éventuels documents qui ont mené à ce constat. La situation semble similaire dans le cadre du contrôle de conventionnalité.

¹²⁹⁴ Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 29-1, al. 1^{er}.

¹²⁹⁵ Civ. 3^e, 5 oct. 2016, n° 16-40.228, 16-40.229, 16-40.230, 16-40.231, 16-40.232 et 16-40.233, nous soulignons.

¹²⁹⁶ Civ. 3^e, 2 nov. 2011, n° 11-15.428, nous soulignons.

B. L'absence de méthode apparente dans les arrêts de contrôle de conventionnalité et de proportionnalité

276. La mise en œuvre de l'intérêt général dans les arrêts semble faire l'objet de degrés sans rationalisation apparente. La référence à la notion est rare (1), au mieux discrète voire implicite (2), à l'exception de quelques arrêts dans lesquels l'origine de l'intérêt général retenue est explicitée, en particulier pour la recherche du « motif impérieux d'intérêt général » (3). Il semble que la Cour de cassation n'ait pas à proprement parler de méthode pour déterminer le contenu de l'intérêt général.

1. Le silence sur l'intérêt général dans l'ancienne pratique du contrôle de conventionnalité

277. **L'absence de l'intérêt général dans la justification du contrôle de conventionnalité.** Si, dans les premiers arrêts de mise en œuvre d'un contrôle balbutiant de conventionnalité, l'absence de l'intérêt général est peu surprenante, elle est plus étonnante dans les arrêts récents, soucieux de se soumettre à la méthode de la Cour européenne. Ainsi, dans un arrêt du 25 mars 1987 contestant la validité, au regard du droit à la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, du divorce pour rupture de la vie commune, la Cour de cassation ne se fonda pas sur l'intérêt général : elle se contenta d'affirmer 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²⁹⁷. Mais dans un arrêt plus récent, du 15 avril 2015, relatif cette fois au divorce pour altération définitive du lien conjugal, version plus récente de la disposition sur la rupture de la vie commune, la Cour affirme de même que « le prononcé du divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui implique une cessation de la communauté de vie entre des époux séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce, *ne peut être contraire* aux dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹²⁹⁸, sans étayer davantage son propos. Ainsi, l'intérêt général n'est même pas cité dans le débat, la motivation étant réduite à sa plus simple expression.

278. **Le silence sur l'intérêt général dans le cadre du contrôle *in concreto*.** Dans l'arrêt du 4 décembre 2013, inaugurant le contrôle de proportionnalité *in concreto*, l'intérêt général n'intervient pas dans la discussion. Après avoir rappelé les motifs de la Cour d'appel et les enjeux d'intérêt général soulevés par cette dernière pour justifier l'article 161 du code civil – « les finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des

¹²⁹⁷ Civ. 2^e, 25 mars 1987, n° 85-12.262.

¹²⁹⁸ Civ. 1^{re}, 15 avr. 2015, n° 13-27.898, nous soulignons.

relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial » et la nécessité de « préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes »¹²⁹⁹ – elle se contente d'affirmer que « le prononcé de la nullité du mariage [...] revêtait, à l'égard de [la veuve], 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 »¹³⁰⁰, avant de casser l'arrêt sans renvoi. Ainsi, pour la Cour de cassation, l'intérêt général ne trouve même pas sa place dans la discussion ou du moins, elle n'en fait pas état dans la solution.

2. La discrète référence à l'intérêt général dans les arrêts plus récents

279. L'intérêt général suggéré dans le contrôle de conventionnalité *in abstracto*.

L'intérêt général peut également être omis et ce, malgré la référence par la Cour de cassation au texte de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce fut le cas dans un arrêt du 3 juin 2011 : on contestait la validité des articles L. 512-1, L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale qui exigent la régularité du séjour des enfants pour que les personnes qui les prennent en charge bénéficient de prestations familiales, aux motifs d'une atteinte disproportionnée « au principe de non-discrimination en raison de l'origine nationale et au droit à la protection de la vie familiale garantis par les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹³⁰¹. La Cour de cassation estima alors que « les nouvelles dispositions législatives et réglementaires, qui revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention [...] »¹³⁰². La Cour de cassation se réfère donc à « l'objectivité » de la différence de traitement¹³⁰³ ainsi qu'à sa justification, sans doute d'intérêt général, de « la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants » ; elle fait donc état du critère de la « nécessité dans une société démocratique » de l'action, sans invoquer pour autant un quelconque but légitime parmi ceux énumérés par l'article 8 de la Convention. Elle semble avoir à l'esprit la notion d'intérêt général, mais sans le citer, ni le rattacher à un but légitime acceptable pour justifier la restriction.

¹²⁹⁹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

¹³⁰⁰ *Ibid.*

¹³⁰¹ Ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-71.352.

¹³⁰² *Ibid.*

¹³⁰³ Sur ce point, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 285, p. 450.

280. L'intérêt général cité formellement sans explicitation de substance. L'intérêt général peut également se trouver cité formellement, sans être utilisé dans le raisonnement, et sans que soit explicité son contenu. Ce fut le cas à l'occasion d'un arrêt du 24 janvier 2006 où était contestée l'application du premier article de la loi du 4 mars 2002¹³⁰⁴ sur l'interdiction de se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La Cour de cassation estima, approuvant la cour d'appel, qu'en vertu de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention, il fallait « que soit respecté le juste équilibre entre les *exigences de l'intérêt général* et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens »¹³⁰⁵ et de poursuivre : « que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1^{er}§1, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les [parents] pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap [...] »¹³⁰⁶. Ainsi, l'intérêt général est cité comme faisant partie des exigences de l'article 1^{er}, mais il n'est pas explicité, la Cour se contentant d'affirmer que le « juste équilibre » n'est pas respecté « en l'espèce », sans donner davantage de détails sur l'enjeu d'intérêt général considéré ni justifier explicitement l'absence d'équilibre au moyen des « impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ».

281. La référence à un enjeu d'intérêt général substantiel invoqué par l'article. Dans un arrêt du 28 février 2006, la Cour de cassation met en œuvre une exception à la publicité des débats prévue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article prévoit en effet la possibilité de ne pas assurer la publicité des débats dans l'intérêt de « la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent ». La première chambre civile, interrogée sur la compatibilité de l'article 248 du code civil qui prévoit des débats à huis clos dans le cadre d'un divorce, avec l'exigence de publicité prévue par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, estime que « ces textes ne sont pas contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui permet de déroger à la règle de la publicité lorsque la protection de la vie privée des parties au procès

¹³⁰⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹³⁰⁵ Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, n° 01-16.684 et 01-17.042, nous soulignons.

¹³⁰⁶ *Ibid.*

l'exige »¹³⁰⁷ ; la Cour de cassation invoque ainsi l'un des enjeux d'intérêt général prévus par l'article pour justifier la limitation de la publicité des débats, mais sans le justifier.

282. La référence au but légitime de la clause d'ordre public dans le contrôle de conventionnalité abstrait. Depuis la mise en place du contrôle de proportionnalité *in concreto* à l'occasion de l'arrêt du 4 décembre 2013, la Cour de cassation procède souvent, en cas de contestation de la compatibilité entre une disposition de la loi et un article de la Convention européenne des droits de l'homme, à un double contrôle de conventionnalité abstrait dans un premier temps, puis concret, à travers l'examen de la proportionnalité afin de vérifier la compatibilité de l'application de l'article au cas d'espèce. Dans un arrêt du 7 novembre 2018, elle procède au contrôle, sur le fondement de la clause d'ordre public de l'article 8 de la Convention, du délai de dix ans pour agir en contestation de paternité en l'absence de possession d'état conforme au titre, délai prévu par les articles 334 et 321 du code civil. La Cour commence par vérifier l'existence d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée¹³⁰⁸. Puis, elle s'assure que cette ingérence est bien prévue par une loi prévisible et accessible¹³⁰⁹. Ensuite, elle évoque l'intérêt général en considérant que l'ingérence « 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* »¹³¹⁰. Or, l'article 8 ne comporte pas de référence à la sécurité juridique en tant que but légitime ; l'enjeu le plus proche de celui qualifié par la Cour de cassation est le dernier du second paragraphe de l'article, à savoir « la protection des droits et libertés d'autrui ». Toutefois, la Cour ne procède pas à ce rattachement : elle se contente de faire le lien entre l'enjeu qu'elle invoque et la notion de but légitime. Enfin, elle procède à un contrôle *in abstracto* de la conformité de la loi à l'article, par le contrôle de proportionnalité : « 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 » ; elle a ainsi recours aux exigences de nécessité et d'adéquation au regard du but poursuivi, pour admettre la compatibilité du délai de prescription aux exigences de respect du droit à la vie privée et familiale.

¹³⁰⁷ Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 05-10.750.

¹³⁰⁸ Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938 : « 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 ».

¹³⁰⁹ *Ibid.* : « cette ingérence est, en droit interne, *prévues 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 », en outre « cette base légale est *accessible* aux justiciables et *prévisible* dans ses effets » (nous soulignons).

¹³¹⁰ Nous soulignons.

283. L'intérêt général et le contrôle *in concreto*. L'arrêt du 7 novembre 2018 fut également l'occasion d'un contrôle *in concreto*. La Cour poursuit ainsi : « cependant, il appartient au juge d'apprécier si, *concrètement*, dans l'affaire qui lui est soumise, 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 »¹³¹¹. Elle complète le raisonnement par une forme de balance des intérêts dans laquelle l'intérêt général n'a qu'une place formelle, ce qui ne l'empêche pas d'emporter la conviction : « Attendu que l'arrêt relève, [...] que [la fille prétendue] n'a jamais été empêchée d'exercer une action tendant à faire établir sa filiation biologique, mais s'est abstenue de le faire dans le délai légal ; qu'il constate qu'alors qu'elle avait des liens affectifs avec [le père prétendu] depuis sa petite enfance, elle a attendu son décès, [...], et l'ouverture de sa succession pour exercer l'action ; qu'il ajoute qu'elle a disposé de délais très importants pour agir [...], 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 [le père prétendu] ; 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* »¹³¹². La brièveté de la référence à l'intérêt général, qui semble pourtant prévaloir en l'espèce, la faible justification de la détermination de son contenu et son absence de rattachement au cas d'espèce, ne manquent pas d'étonner. Pourquoi la Cour de cassation, qui prend pourtant le temps de développer toutes les étapes de l'espèce et de détailler les atteintes portées aux intérêts de la fille prétendue du défunt, n'explicite-t-elle pas en quoi consisterait l'atteinte aux droits des parties, en référence au but légitime qu'elle cite quelques lignes plus tôt ? Peut-être y a-t-il d'autres enfants du père prétendu, qui pourraient voir leurs intérêts remis en cause par une éventuelle nouvelle filiation ou peut-être une telle filiation pourrait-elle également porter atteinte à la famille de sang de la fille prétendue ou même à sa propre descendance éventuelle ? En quoi consisterait enfin en l'espèce la « sécurité juridique » qui semble ici justifier le rejet de la prétention ? L'intérêt général fait ici l'objet d'une pétition de principe non justifiée par les juges, exclusivement abstraite, sans exploitation suffisante, ni méthode de détermination visible. Il ne semble pas surprenant dans de telles circonstances que la réserve d'intérêt général représente, dans l'esprit des justiciables, un enjeu aveugle, désincarné, dépourvu de toute substance, qui prévaut avec la

¹³¹¹ Nous soulignons.

¹³¹² Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938, nous soulignons.

puissance d'un argument d'autorité. Ainsi, ce n'est pas la réserve d'intérêt général qui fait en soi office de critère arbitraire, c'est bien l'utilisation qu'en fait la Cour de cassation. Elle ne qualifie pas l'enjeu d'intérêt général spécifique au litige et se comporte comme si le standard d'intérêt général ne s'adressait qu'à elle et non pas, en premier lieu, au législateur. Un raisonnement similaire est mené dans un arrêt du 13 juin 2019¹³¹³.

284. Le rôle de l'intérêt général devant la Cour de cassation : entre inexistence et impression d'arbitraire. Cette analyse des décisions de la Cour de cassation explique probablement la méfiance qui entoure la réserve d'intérêt général face aux droits fondamentaux. En s'abstenant de concrétiser l'intérêt général, la Cour de cassation en fait un critère qui semble péremptoire et apparaît dérisoire face aux difficultés particulières des parties qui invoquent les droits fondamentaux. En effet, utilisée ainsi, la limite d'intérêt général a tout d'un argument dogmatique, quand elle n'est pas totalement inexistante dans les arrêts. Entre absence en cas de prééminence des droits fondamentaux et présence assénée sans justification lorsqu'il prévaut, l'intérêt général est peu valorisé dans la pratique du juge.

¹³¹³ Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100 : il était question en l'espèce d'une tierce opposition à un jugement d'adoption, contestée sur le fondement des articles 8 de la Convention et premier du premier protocole additionnel. La Cour de cassation commence par affirmer qu'il y a eu ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention, puis que cette ingérence est prévue par une loi accessible et prévisible. Ensuite, elle rappelle que la tierce opposition poursuit un but légitime « au sens du paragraphe 2 de l'article 8 précité, en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers qui n'ont pas été partie à la procédure et auxquels la décision n'a pas été notifiée ». Si le contenu de l'intérêt général est sans doute plus développé que dans l'arrêt de 2018, elle ne le rattache pas pour autant à l'un des enjeux d'intérêt général énoncés par le paragraphe 2 de l'article 8 : « cette procédure est strictement régie par la loi française » car « elle est 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 intègre ce dernier raisonnement dans le contrôle de la nécessité et de l'adéquation en ajoutant immédiatement : « qu'ainsi conçue, elle est une mesure nécessaire pour parvenir au but poursuivi et adéquate au regard de cet objectif ». Enfin, elle procède au contrôle de proportionnalité *in concreto*, par une balance des intérêts sans justifier de l'intérêt général ni le rattacher aux circonstances : « l'arrêt relève 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 » et « constate que [les adoptées], qui étaient âgées de 22 ans lorsqu'elles ont fait la connaissance de [l'adoptant], 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 ; [...] il énonce que 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 » et « 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 [des adoptées] ». Quant à la supposée violation de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, elle fait à peine l'objet d'un raisonnement : « qu'ayant fait ressortir que l'annulation de l'adoption ménageait un juste équilibre entre les intérêts en présence et ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens [des adoptées], la cour d'appel a légalement justifié sa décision au regard de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

3. La référence aux travaux préparatoires de la loi dans la recherche du motif impérieux d'intérêt général.

285. Il semble que, dès lors que l'intérêt général apparaît comme un critère de mise en œuvre du contrôle, comme c'est explicitement le cas dans le contentieux des règles à effet rétroactif, les juges procèdent à une recherche qui peut aller jusqu'à la consultation des travaux parlementaires. Bien que ce ne soit pas systématique, cette situation a déjà été constatée dans le cadre de la recherche du « motif impérieux d'intérêt général » pour la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne sur le droit d'accès à un tribunal. Une telle recherche est satisfaisante pour l'identification de l'intérêt général abstrait et elle n'est pas inutile pour la détermination de sa composante concrète.

286. Exemple de référence aux travaux préparatoires dans un arrêt de la Cour de cassation pour la détermination d'un motif impérieux d'intérêt général. Dans un arrêt du 22 mars 2005, pour justifier une loi interprétative de l'article L. 145-38 du code de commerce sur la demande de révision des loyers du bail commercial, les juges rappellent d'abord qu'« il résulte de ce texte que si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; que cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'État n'est pas partie au procès »¹³¹⁴. Ils jugent « qu'il ne résulte ni des termes de la loi, ni des *travaux parlementaires* que le législateur ait *entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général* pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours » et que par conséquent, « la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹³¹⁵. Dans le cadre du même contentieux, à l'occasion d'un arrêt d'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, les juges, après avoir rappelé l'attendu de principe classique relatif à l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas de règle rétroactive, expliquent « qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des *travaux parlementaires* que le législateur ait *entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général* pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur

¹³¹⁴ Civ. 3^e, 22 mars 2005, n° 04-11.878.

¹³¹⁵ *Ibid.*, nous soulignons.

le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application »¹³¹⁶. Ainsi, lorsque la mise en œuvre de la règle *impose* l'intérêt général comme l'un des critères explicites de la validité de la norme, les juges semblent s'atteler à la recherche de son contenu.

287. L'observation des arrêts de la Cour de cassation montre que la découverte de l'intérêt général ne fait pas l'objet d'une véritable méthode, qu'il s'agisse de l'intérêt général concret ou abstrait. Cette distinction n'est d'ailleurs pas véritablement mise en œuvre devant la Cour. L'analyse des documents préparatoires des arrêts permet d'étayer encore cette réflexion.

§2. LA RECHERCHE D'UNE MÉTHODE DANS LES DOCUMENTS ANNEXES À L'ARRÊT

288. Les sources d'inspiration de la Cour de cassation. La Cour de cassation trouve différentes sources d'inspiration pour la rédaction de ses arrêts et la détermination des solutions. Elle se réfère notamment aux jurisprudences d'autres juridictions. Le phénomène s'accroît avec la création d'un bureau de droit comparé au sein du service de la documentation de la Cour, qui permet à cette dernière de s'informer sur les solutions d'autres juridictions et sur l'état du droit dans les pays voisins, dans une logique de « rapprochement des jurisprudences étatiques »¹³¹⁷. L'élaboration des décisions de la Cour de cassation s'élargit et s'enrichit de nouvelles sources : « elle se prépare aussi en s'informant auprès de tous ceux qui ont quelque chose à dire sur un sujet donné avant que la décision qui les concerne soit rendue »¹³¹⁸. Le recours aux travaux préalables de l'arrêt, aux « motifs des motifs »¹³¹⁹ de la décision, tels que les rapports des conseillers ou les avis des avocats généraux, peut en outre se révéler précieux pour éclairer la recherche par la Cour de cassation de l'intérêt général justifiant une règle portant atteinte aux droits fondamentaux. Dans une situation de tension entre deux impératifs contradictoires – typiquement, une balance des intérêts, mais pas uniquement –, la référence à l'objectif poursuivi par le législateur peut être de nature à orienter la solution¹³²⁰.

¹³¹⁶ Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617.

¹³¹⁷ « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », entrevue avec Monsieur le président Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, propos recueillis par H. Béranger, *JCP G* 2015.1960, spéc. p. 1907. Sur l'utilisation du droit comparé, v. aussi C. Chainais, « À la recherche d'un modèle de cassation pluraliste "à la française" », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 42 et s., n° 10 et s., p. 43 et s.

¹³¹⁸ « Pour exercer pleinement... », *art. préc.*, spéc. p. 1911.

¹³¹⁹ P. Deumier, « Les "motifs des motifs"... », *art. préc.*, spéc. p. 125.

¹³²⁰ *Ibid.*, spéc. p. 174 et 175.

289. La construction du raisonnement dans les documents préparatoires de l'arrêt. Les travaux préparatoires des arrêts de la Cour de cassation se réfèrent fréquemment à la jurisprudence des juridictions chargées de l'application des textes de droits fondamentaux qui sont invoqués devant elle¹³²¹. Ainsi, lors de l'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme dans un pourvoi, il est habituel que le rapport du conseiller ou l'avis de l'avocat général se reporte à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le même sujet. En effet, « l'analyse de ces documents préparatoires a révélé de fréquentes citations doctrinales, des références aux précédents de filtrage soulignant l'inscription de la décision dans une lignée jurisprudentielle, des comparaisons avec la jurisprudence européenne et des considérations extrajuridiques »¹³²² ; les travaux préparatoires s'appuient ainsi sur la jurisprudence d'autres Cours, ou encore la doctrine, en particulier pour les notions qui posent des difficultés d'interprétation. C'est notamment le cas de la notion d'intérêt de l'enfant, dont le contenu est délicat à saisir et qui peut faire l'objet dans les travaux du conseiller rapporteur d'une synthèse des réflexions doctrinales portant sur sa définition¹³²³. Ainsi, le rapporteur « étudie le dossier et établit un rapport comprenant un énoncé des faits, une description de la procédure, une analyse des moyens de droit, un exposé des références jurisprudentielles et doctrinales utiles »¹³²⁴, ce qui implique des références précises à la doctrine et à la jurisprudence. En outre, la référence aux précédents dits « externes », si elle n'est pas systématique, s'avère de plus en plus fréquente¹³²⁵.

290. La recherche de l'objectif de la loi dans les avis d'avocats généraux. La professeure Pascale Deumier souligne la tendance, dans les documents préparatoires de l'arrêt, à rechercher de plus en plus fréquemment les objectifs des règles : « une [...] méthode d'interprétation domine : la recherche de l'objectif du législateur »¹³²⁶. En effet, l'identification du but poursuivi par la loi n'est pas réservée au contentieux des droits fondamentaux et se retrouve dans d'autres litiges. Ainsi par exemple, l'avis préalable à un arrêt du 19 octobre 2018, relatif à la charge du droit de suite au profit de l'auteur d'un œuvre d'art originale, contenait

¹³²¹ S. Stelzig-Caron, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, dir. P. Deumier, thèse dactyl. Grenoble, 2011, n° 310, p. 278 ; P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 150 et s. : sur la référence à la jurisprudence dans les travaux préparatoires des arrêts.

¹³²² C. Cyteval, *thèse préc.*, n° 468, p. 217.

¹³²³ J.-N. Acquaviva, rapport sur Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, 15-28.597, p. 31 et s.

¹³²⁴ C. Cyteval, *thèse préc.*, n° 502, p. 231.

¹³²⁵ C. Bouix, « La référence aux précédents externes à l'ordre de juridictions », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p. 59 et s., n° 72, p. 63 et 64.

¹³²⁶ P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 135.

une référence à l'objectif poursuivi par une directive applicable à l'espèce¹³²⁷. De même au sujet d'un litige sur la loyauté de la preuve, l'avis dénonça la « méconn[naissance] [...] sinon [de la] lettre », de « l'esprit de la loi », c'est-à-dire « ses objectifs, sa raison d'être, les principes qui la fondent »¹³²⁸. Encore, un avis l'avocat général relatif à un arrêt statuant sur un préjudice d'anxiété expose qu'« il ressort des *travaux parlementaires* que *l'intention du législateur* était d'autoriser une cessation d'activité précoce pour tenir compte du fait statistiquement établi que ces personnes, compte tenu de l'activité de l'établissement et de la période concernée, couraient le risque d'une espérance moyenne de vie plus courte que les autres salariés »¹³²⁹ : l'avis de l'avocat général fait référence à l'objectif poursuivi par la disposition, et il le tire de la référence aux travaux préparatoires de la loi. Toujours dans une même logique, un avis rendu en vue d'un arrêt d'Assemblée plénière du 28 février 2020 rappela que les règles de la loi du 6 novembre 1962 régissant l'élection du Président de la République, et en particulier celles relatives au financement de la campagne électorale, ont pour objectif « d'assurer une transparence dans le financement et une forme d'égalité entre les candidats »¹³³⁰. Sur un autre sujet, mais encore dans la même optique, un avis estima que l'Autorité des marchés financiers était « chargée [...] des [...] objectifs de bien-être économique du pays, de défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales, tels que visés à l'article 8§2 de la [Convention européenne des droits de l'homme] »¹³³¹. Les documents permettant de se convaincre de l'objectif de la règle sont par conséquent divers : il peut être « recherché dans le texte, dans son exposé des motifs, dans son origine historique, dans son évolution, dans ses interprétations doctrinales, [...] dans une décision du Conseil constitutionnel, [...] dans les travaux préparatoires »¹³³².

291. La recherche des objectifs dans les rapports des conseillers préalables aux arrêts. Les rapports des conseillers s'intéressent également aux objectifs du législateur¹³³³ : un rapport explique par exemple que le souci pour une disposition de « tente[r] [...] de trouver un équilibre entre le libre développement des moyens de cryptologie pour tous et la lutte contre la

¹³²⁷ P. Ingall-Montagnier, avis sur Ass. plén., 19 oct. 2018, n° 17-16.335, p. 3 : « La directive a pour premier objectif de conforter la création et les créateurs en garantissant dans le temps la participation économique des auteurs d'œuvres graphiques et plastiques au succès de leurs créations, à l'instar des autres créateurs qui tirent déjà légitimement profit des exploitations successives de leurs œuvres. Elle a pour second objectif de prévenir sur le marché intérieur les distorsions de concurrence liées à la disparité des réglementations nationales ».

¹³²⁸ F. Desportes, avis sur Ass. plén., 25 nov. 2019, n° 18.86-767, p. 19.

¹³²⁹ C. Courcol-Bouchard, avis sur Ass. plén., 22 mars 2019, n° 18-17.442, p. 5, nous soulignons.

¹³³⁰ F. Desportes et R. Salomon, avis sur Ass. plén., 28 févr. 2020, n° 18-80.162, 18-80.164, 18-80.165 et 19-86.609, p. 26.

¹³³¹ M. Lecaroz, avis sur Ass. plén., 16 déc. 2022, n° 21-23.685, p. 13.

¹³³² P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 138. Sur le recours aux méthodes d'interprétation, v. *infra*, n° 793 et s. Sur le rôle de la doctrine, v. *infra*, n° 297 et s.

¹³³³ P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 139 et s.

cybercriminalité ou la préservation des pouvoirs d'enquête des autorités publiques, compromis par une diffusion de plus en plus large des moyens de cryptologie », révèle une « tension entre des intérêts et objectifs divergents »¹³³⁴ de la loi. Un autre se propose d'exposer les « fonctions » de la force majeure¹³³⁵. De même, dans un document préparatoire d'un arrêt en responsabilité civile, est évoqué l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile qui poursuit « le but affiché de mettre un terme à la jurisprudence *Bootshop* »¹³³⁶. La recherche de la nouveauté de la question dans les critères de transmission au Conseil constitutionnel aurait quant à elle « pour but d'éviter que les juges judiciaires ou administratifs tranchent eux-mêmes des questions non résolues par le Conseil constitutionnel, sous prétexte que la difficulté n'est pas assez sérieuse pour qu'ils ne puissent la résoudre eux-mêmes en écartant la question »¹³³⁷. Les conseillers rapporteurs s'intéressent également aux objectifs d'autres règles telles que les directives¹³³⁸. Ainsi, la recherche de l'objectif poursuivi par la règle se manifeste dans de nombreux contentieux.

292. Les arrêts, au mieux laconiques quant à leur méthode de détermination de l'intérêt général, peuvent-ils en révéler les rouages dans leurs documents préalables ? Il s'agira donc de rechercher, notamment à travers les rapports des conseillers rapporteurs et les conclusions des avocats généraux, si l'intérêt général fait l'objet d'une démonstration dans la mise en œuvre des droits et libertés fondamentaux. L'analyse est malheureusement assez peu fructueuse. Bien que les documents préparatoires aux arrêts fassent intervenir la jurisprudence d'autres juridictions (A), des références de doctrine (B), mais également des éléments concernant la loi et son élaboration (C), l'intérêt général n'y trouve pas véritablement de place significative.

A. La référence occasionnelle aux autres juridictions

293. Dans l'application des droits et libertés fondamentaux qu'elle met en œuvre, la Cour de cassation fait référence, dans les documents préalables à l'arrêt, à la pratique jurisprudentielle d'autres juridictions¹³³⁹ qui imprègnent son raisonnement pour l'identification

¹³³⁴ P. Barincou, rapport sur Ass. plén., 7 nov. 2022, n° 21-83.146, p. 11.

¹³³⁵ P. Mollard, rapport sur Ass. plén., 10 juill. 2020, n° 18-18.542 et 18-21.814, p. 20.

¹³³⁶ A.-C. Monge, rapport sur Ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963, p. 26. V. aussi P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 140 qui évoque la possibilité de référence aux futures réformes dans les travaux préparatoires des arrêts.

¹³³⁷ M.-N. Teiller, rapport sur Ass. plén., 17 déc. 2018, n° 18-82.737, p. 13.

¹³³⁸ R. Grass, rapport sur Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16.335, p. 3 et s.

¹³³⁹ Ainsi qu'à la sienne propre : O. Bailly, concl. sur Civ. 3^e, 13 juill. 2016, n° 16-40.214, in *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, R. Salomon (dir.), éd. Panthéon-Assas, p. 32 et s., spéc. p. 39, v. par ex. Civ. 3^e, 12 sept. 2012, *Bull. Civ. III*, n° 122 : au sujet de l'arrêt du 13 juillet 2016, les conclusions de l'avocat général renvoient à un arrêt du 12 septembre 2012 sur la qualification de personnes en

de l'enjeu d'intérêt général, jusqu'à parfois s'inspirer de leur méthode de détermination de son contenu et de mise en balance de l'intérêt général. La référence aux autres juridictions devrait éclairer davantage la méthode de détermination de l'intérêt général concret par les autres juges, mais elle peut sans doute également donner des indications sur sa composante abstraite. Cependant, la pratique de cet exercice est loin d'être majoritaire dans les documents préalables. Elle n'est pas beaucoup plus fréquente en ce qui concerne le raisonnement permettant la détermination du contenu de l'intérêt général. Quelques exemples peuvent toutefois être signalés.

294. La référence occasionnelle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il peut sembler paradoxal de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour européenne pour rechercher l'objectif d'une règle interne. Pourtant, l'influence actuelle de cette juridiction peut pousser le juge à observer, à tout le moins, la méthode de détermination des enjeux d'intérêt général et favoriser un dialogue des juges dans ce domaine. Avec l'invocation de plus en plus fréquente de la Convention européenne des droits de l'homme dans les arrêts de la Cour de cassation, la référence à la jurisprudence de la Cour européenne semble devenir habituelle, en raison de l'importance croissante de cette source dans le raisonnement du juge¹³⁴⁰. Cependant, les travaux préalables des arrêts ne font que peu de cas de la pratique de la Cour en matière de découverte et de maniement de l'intérêt général. Quelques illustrations peuvent être toutefois évoquées. On en trouve un exemple dans l'arrêt du 5 juillet 2017, relatif aux gestations pour autrui effectuées hors du territoire¹³⁴¹ : la détermination de l'intérêt général¹³⁴² se fonde notamment sur la référence aux arrêts *Mennesson* et *Labassée*¹³⁴³ et en particulier sur le raisonnement du Gouvernement pour démontrer le but légitime de l'interdiction sur le

situation irrégulière sur le territoire comme étant « de bonne foi » au sens de l'article L. 521-1 du code de la construction et de l'habitation.

¹³⁴⁰ Sur ce point, v. B. Bonnet, « La place de la CEDH », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 153 et s.

¹³⁴¹ J.-N. Acquaviva, rapport sur Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597, p. 15 et s., puis p. 41 et s. ; avis de M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, p. 4 et s. Sont notamment cités des arrêts rendus contre d'autres États tels que CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, préc., v. J.-N. Acquaviva, rapport sur Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597, p. 21 : la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui, « la Cour juge légitime la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation – uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière – dans le but de protéger les enfants ».

¹³⁴² J.-N. Acquaviva, rapport sur Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597, p. 8 et s. : sur le risque de commercialisation notamment.

¹³⁴³ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, préc. et *Labassée c. France*, préc.

territoire¹³⁴⁴, mais sans référence aux travaux préparatoires des dispositions¹³⁴⁵. Dans la même logique, l'avis de l'avocat général relatif à un arrêt du 5 octobre 2016, sur la contestation tardive d'un lien de filiation, comporte une référence à la Cour et à la Convention européenne des droits de l'homme pour étayer le raisonnement¹³⁴⁶. Il en fut de même, dans un arrêt du 7 avril 2006, de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹³⁴⁷, dans lequel elle décida que les dispositions relatives à la gestion du désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée, qui permettaient notamment des suspensions des poursuites contre certains débiteurs¹³⁴⁸, étaient contraires à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La référence à la jurisprudence de la Cour européenne ne sert pas ici à l'identification

¹³⁴⁴ J.-N. Acquaviva, rapport sur Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, 15-28.597, p. 16 ; v. aussi puis p. 41 et s. ; avis de M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, p. 4 et s. V. aussi : Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002, rapport de P. Soulard, p. 15 : les buts légitimes de « protection de la santé » et de « protection des libertés d'autrui » apparaissent également dans les documents préparatoires du revirement intervenu par l'arrêt d'Ass. plén. Du 3 juillet 2015, où une convention de gestation pour autrui effectuée à l'étranger permettait pour la première fois une transcription de l'acte d'état civil constatant la filiation à l'égard du père biologique.

¹³⁴⁵ Loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain. L'arrêt cite le but légitime de « protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil », qui constitue en réalité un double objectif d'intérêt général, l'un se rattachant à la protection des personnes et l'autre au respect de la loi. Le lien n'est toutefois pas explicitement fait avec les buts légitimes de l'article 8 de la Convention. En outre, aucune référence à des documents permettant d'établir l'intérêt général de la loi, comme les travaux préparatoires de la loi de 1994 ou alors l'exposé de ses motifs, n'apparaît dans les motifs.

¹³⁴⁶ P. Sassoust, avis sur Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, p. 2 et 3 : « il convient de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États parties à la Convention le droit d'aménager les dispositions concernant ces aspects de la vie privée ou familiale, de façon à concilier l'intérêt général avec les intérêts particuliers. En ce qui concerne la filiation, il importe d'assurer, dans l'intérêt général, une stabilité de l'état des personnes » ; « on observera que la Cour européenne des droits de l'homme estime que la décision de faire prévaloir la relation familiale existante entre l'enfant et ses parents légaux par rapport à la relation entre l'enfant et le père biologique relève, pour ce qui est du statut juridique, de la marge d'appréciation de l'État » ; « la Cour européenne des droits de l'homme exige seulement que soit assuré le respect d'un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des personnes concernées ». V. aussi p. 4, faisant référence aux motifs de la cour d'appel : « en ce qui concerne la filiation, il convient d'assurer, dans l'intérêt général, une stabilité de l'état des personnes qui peut notamment résulter des règles relatives à la prescription qui aboutissent à interdire que ne soit remise en cause une filiation au-delà d'un certain délai raisonnable ».

¹³⁴⁷ M. Pascal, rapport sur Ass. plén., 7 avr. 2006, n° 05-11.519, qui cite l'arrêt CEDH, 28 mai 1985, *X. c. Royaume-Uni*, série A93, notamment sur la marge d'appréciation et l'exigence de proportionnalité. L'avis de M. de Gouttes, cite également la jurisprudence de la Cour européenne sur ce point. Dans cet arrêt, il était question d'une société civile immobilière qui avait été condamnée à s'acquitter d'une dette, alors même qu'elle était susceptible de bénéficier des dispositions prévues par l'article 100 de la loi de finance pour 1998 (loi de finances rectificative pour 1998, n° 98-1267 du 30 déc. 1998, art. 25) complété par l'article 2 du décret du 4 juin 1999 (décret n° 99-469 du 4 juin 1999 relatif au désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée) et enfin par l'article 77 de la loi du 17 janvier 2002 (loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale) qui permettait une « suspension provisoire des poursuites » (loi n° 97-1269 du 30 déc. 1997 de finances pour 1998, art. 100). Le mécanisme est ainsi déclaré inconstitutionnel sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, sans mention de l'intérêt général justifiant la loi. La Cour de cassation estime en effet, reprenant les arguments de la Cour d'appel que la « suspension automatique des poursuites, d'une durée indéterminée, portant atteinte, dans leur substance même, aux droits des créanciers, privés de tout recours alors que le débiteur dispose de recours suspensifs devant les juridictions administratives » puis relève que « la dette de la SCI n'était pas discutée et qu'à la date à laquelle elle se prononçait, la suspension des poursuites, qui lui interdisait de statuer, perdurait sans qu'aucune décision ne soit intervenue sur l'admission de sa demande », appliquant ainsi un raisonnement de proportionnalité pour justifier les restrictions, qui n'est pourtant pas prévu par l'article, dépourvu de clause d'ordre public dans ce cas.

¹³⁴⁸ V. communiqué sur Ass. plén., 7 avr. 2006, n° 05-11.519.

de l'enjeu d'intérêt général. L'avis présentait les intérêts en présence¹³⁴⁹. Cependant, l'intérêt général n'est pas justifié par la référence à une quelconque méthode : l'avocat général se contente de l'exposer sans expliciter d'où il vient. Pourtant, l'avis expose l'intérêt général abstrait à travers l'objectif poursuivi par la loi au moment de son adoption¹³⁵⁰, et à travers les incertitudes relatives à la pertinence du maintien du mécanisme à l'heure actuelle¹³⁵¹, sans véritablement expliciter la source de ses affirmations quant à l'intérêt général¹³⁵². La référence aux décisions de la Cour européenne ne semble donc pas être une ressource de recherche et d'identification de l'intérêt général.

295. La référence aux juges du fond. Les travaux préalables des arrêts peuvent également reprendre l'identification de l'intérêt général effectuée par les juges du fond. Dans un arrêt du 5 octobre 2016, relatif à l'établissement d'une filiation après l'écoulement du délai de prescription éteignant l'action, l'avocat général fait référence à l'arrêt attaqué, rendu par la

¹³⁴⁹ R. de Gouttes, avis sur Ass. plén., 7 avr. 2006, n° 05-11.519 : « d'un côté, l'intérêt des "rapatriés", rentrés en métropole à la suite du processus de décolonisation du siècle dernier, qui a obligé la France, dans un devoir de solidarité nationale, à organiser alors un dispositif de protection particulière de ces personnes, incluant une "suspension des poursuites", que le législateur a souhaité ensuite étendre et prolonger jusqu'à nos jours », ainsi que celui porté par l'article 6 de la Convention européenne, des créanciers dont le droit d'accès au tribunal est restreint : « de l'autre côté, l'intérêt des créanciers des réfugiés, qui se plaignent d'un tel dispositif de "suspension des poursuites" qui entrave leur droit d'agir en justice pour recouvrer leurs créances à l'encontre des personnes, physiques ou morales, se réclamant du régime des réfugiés ».

¹³⁵⁰ *Ibid.* : « La finalité de ce dispositif de désendettement et de son corollaire sur la suspension des poursuites est donc, selon la Mission interministérielle aux rapatriés, l'apurement définitif de l'endettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée tout en préservant l'outil de travail et le toit familial » et par conséquent le but légitime est « l'apurement définitif de l'endettement des personnes rapatriées réinstallées dans une profession non salariée, qui ont souvent rencontré de graves difficultés financières et économiques à leur retour en métropole, après avoir cessé leur activité professionnelle passée ou avoir cédé leur ancienne entreprise. Or, comme on le sait, la jurisprudence de la Cour européenne a toujours admis des limitations au droit d'accès à un tribunal lorsqu'elles tendent à un but légitime ».

¹³⁵¹ *Ibid.* : il consacre en outre un paragraphe entier de son avis à la question de savoir si le dispositif poursuivait abstraitement un but légitime au regard des circonstances dans les années 1960, ainsi qu'à la pertinence de son maintien au début du XXI^e siècle : « aucun ne discute formellement la finalité d'ordre social ou politique du dispositif législatif, institué pour protéger une catégorie de Français fragilisés par leurs épreuves, ni la légitimité de l'objectif de la suspension des poursuites, tendant à permettre l'apurement de l'endettement des rapatriés réinstallés à leur retour en métropole dans une profession salariée et confrontés souvent à d'importantes difficultés financières ou économiques. [...] Cependant, la question pourrait être posée, aujourd'hui, de savoir s'il est encore justifié en 2006 de maintenir un tel dispositif provisoire de suspension des poursuites en faveur des rapatriés, plus de quarante ans après son institution dans un tout autre contexte historique ».

¹³⁵² *Ibid.* : il rappelle la position du législateur sur le sujet : « cette interrogation n'a pas été retenue par le législateur, puisqu'il a décidé de proroger jusqu'à nos jours et même d'étendre le dispositif d'aide aux rapatriés, en considérant qu'il répond à un devoir de solidarité nationale à l'égard de ceux, notamment les rapatriés d'Algérie, qui continuent à subir encore les séquelles des rapatriements consécutifs à la décolonisation ». Il conclut par une supposition de ce que constitue l'intérêt général en l'espèce : « il apparaît donc que le "but légitime" poursuivi par le législateur français en instituant le dispositif d'aide aux rapatriés pourrait être regardé comme justifié par la Cour européenne des droits de l'homme, en considération du contexte historique de la décolonisation, du devoir de solidarité nationale qui a inspiré le législateur et de la marge d'appréciation laissée aux États dans un tel domaine touchant à d'impérieux motifs d'intérêt général, pour autant qu'une telle "mesure positive" prise en faveur d'une certaine catégorie de citoyens ne soit plus maintenue en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elle répondait ».

cour d'appel de Rouen pour dégager l'enjeu d'intérêt général¹³⁵³ : « en ce qui concerne la filiation, il convient d'assurer, dans l'intérêt général, une stabilité de l'état des personnes qui peut notamment résulter des règles relatives à la prescription qui aboutissent à interdire que ne soit remise en cause une filiation au-delà d'un certain délai raisonnable »¹³⁵⁴. Ainsi, il arrive que la Cour de cassation se fie à l'intérêt général tel que dégagé par les juges du fond : la démonstration ne se fait pas sur le fondement du but légitime, mais elle existe tout de même.

296. La référence au Conseil constitutionnel. Les travaux préalables montrent que le Conseil constitutionnel constitue une source d'inspiration de la jurisprudence de la Cour de cassation, en particulier pour l'élaboration des décisions de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité¹³⁵⁵. La référence au Conseil constitutionnel peut également avoir lieu dans des contentieux ne faisant pas intervenir les droits et libertés garantis par la Constitution¹³⁵⁶, tout comme la Convention européenne des droits de l'homme est parfois évoquée dans des questions prioritaires de constitutionnalité¹³⁵⁷. C'est particulièrement dans ce dernier domaine

¹³⁵³ P. Sassoust, avis sur Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, cite l'arrêt attaqué CA Rouen, 13 mai 2015, n° 14/00268, p. 2 et 3 : « il apparaît légitime que le déroulement de cette histoire ne puisse plus être modifié totalement au bout d'un certain nombre d'années, au risque de créer une insécurité juridique plus néfaste que l'impossibilité d'établir une vérité biologique à tout prix ».

¹³⁵⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹³⁵⁵ O. Bailly, conclusions sous Civ. 3^e, 13 juill. 2016, n° 16-40.214, in *Les grandes conclusions...*, préc., spéc. p. 37, cite Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-169 QPC : par exemple dans un arrêt de la troisième chambre civile du 13 juillet 2016 à l'occasion duquel était posée une question sur la compatibilité des articles L. 314-1 et L. 314-2 du code de l'urbanisme et L. 521-1 du code de la construction et de l'habitation, relatifs aux obligations de relogement des occupants d'un immeuble acquis par une personne publique, suite à l'exercice par la Ville de Paris d'un droit de préemption urbain sur un hôtel, l'avocat général cite, au sujet du droit de propriété, la décision du Conseil constitutionnel du 30 septembre 2011 qui opère un compromis entre le droit de propriété, la dignité humaine et le droit à un logement décent. V. aussi p. 47 : l'avocat général commente même l'enjeu : « L'objectif de donner à toute personne la possibilité de disposer d'un logement décent est à n'en pas douter un motif d'intérêt général, qui constitue, comme on l'a vu un "*objectif de valeur constitutionnelle*". Il reste à savoir si l'obligation de relogement [...] peut se concilier, de manière très pratique et concrète, avec le droit de propriété, sans entraîner de contraintes telles que le droit de propriété s'en trouve atteint ». De même : M. Salvat, avis sur l'arrêt Civ. 3^e, 5 oct. 2016, n° 16-40.229, 16-40.228, 16-40.230, 16-40.231, 16-40.232 et 16-40.233, in *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, R. Salomon (dir.), éd. Panthéon-Assas, p. 48 et s., spéc. p. 52 et 53 : interrogeant la compatibilité du §1 l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 relatif à la possibilité pour le juge de désigner, en cas de difficulté financière du syndicat des copropriétaires, un administrateur provisoire, des références sont faites à de nombreuses décisions du Conseil constitutionnel relatives à la répartition des compétences entre le Conseil et le législateur pour la détermination de l'intérêt général.

¹³⁵⁶ A.-L. Méano, rapport sur Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-21.515 et 14-11.776, p. 4 : abondante référence est faite à la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; ainsi, le rapport fait référence à la décision du 16 janvier 1982 sur la valeur constitutionnelle du droit de propriété (Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-182 DC) ainsi qu'à la décision du 19 janvier 1995 relative au droit au logement comme objectif de valeur constitutionnelle (Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359 DC).

¹³⁵⁷ J.-P. Rémy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, n° 12-40.061, 12-40.062, 12-40.063, 12-40.064 et 12-40.065, p. 6 : dans lequel était posée une question prioritaire de constitutionnalité quant à la compatibilité de l'ancien article L. 631-5 du code de commerce sur la saisine d'office du tribunal de commerce en cas de redressement judiciaire, le rapport préparatoire à l'arrêt s'interroge sur la compatibilité de la disposition à la jurisprudence de la Cour européenne afin de guider le raisonnement.

que « la jurisprudence du Conseil constitutionnel [...] sert de boussole »¹³⁵⁸. La Cour de cassation s'inspire partiellement de l'identification et de la classification des enjeux d'intérêt général du Conseil constitutionnel¹³⁵⁹.

B. La référence éventuelle à la doctrine

297. La fréquente référence aux travaux doctrinaux. Les travaux préparatoires des arrêts font une référence abondante à la doctrine¹³⁶⁰, sous toutes ses formes, qu'il s'agisse d'ouvrages ou d'articles¹³⁶¹. En effet, « le recours aux références doctrinales illustre ce double emploi des informations utiles à la résolution du litige, à la fois informatif et persuasif », soit pour « dresser un état du droit », soit pour « servir d'argument dans le raisonnement » dans le cas d'une ligne « unanime »¹³⁶². Ainsi, à l'image du recours à un expert, la référence doctrinale endosse le rôle d'un argument « d'autorité » et de rationalité¹³⁶³. Elle permet d'exposer l'état de l'art, qu'il soit fixé ou qu'il fasse l'objet d'un débat non résolu¹³⁶⁴. Elle permet notamment d'éclairer les objectifs¹³⁶⁵ et « la portée d'un article de loi ou [...] la finalité d'un texte »¹³⁶⁶. Cependant, en matière d'intérêt général, la doctrine privatiste se révèle peu loquace¹³⁶⁷. Ainsi,

¹³⁵⁸ J. Dubarry, « Question prioritaire de constitutionnalité : quel degré d'interventionnisme du juge dans les choix du législateur ? », obs. Civ. 3^e, 5 oct. 2016, n° 16-40.229, 16-40.228, 16-40.230, 16-40.231, 16-40.232 et 16-40.233, in *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, R. Salomon (dir.), éd. Panthéon-Assas, p. 48 et s., spéc. p. 58. Les conclusions procèdent également à la vérification de l'existence de garanties destinées à compenser l'atteinte aux droits et libertés, issue devant le Conseil constitutionnel et qui revient à un contrôle de la compétence négative. Par exemple, en ce qui concerne l'arrêt du 5 octobre 2016 sur la constitutionnalité de l'article 29-1 de la loi de 1965, relatif à la nomination par le tribunal d'un administrateur provisoire de la copropriété d'un immeuble bâti en cas de déséquilibre financier, les conclusions mentionnent la garantie constituée par l'intervention du juge et le caractère temporaire de la mission de l'administrateur (M. Salvat, concl. sous Civ. 3^e, 5 oct. 2016, *préc.*, in *Les grandes...*, *op. cit.*, spéc. p. 54). Et de conclure : « Le législateur a donc assorti la nomination d'un administrateur provisoire de conditions et de garanties qui garantissent [sic] que le dessaisissement du syndic qui est la conséquence de cette désignation n'est pas disproportionné au regard de l'objectif d'intérêt général recherché ». Ces raisons poussent d'ailleurs l'avocat général à se prononcer défavorablement à la transmission de la question au Conseil (p. 55). La référence est reprise dans l'arrêt (Civ. 3^e, 5 oct. 2016, n° 16-40.229).

¹³⁵⁹ V. *infra*, n° 409 et s.

¹³⁶⁰ I. Maria, « La doctrine universitaire », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, p. 79 et s., n° 99 et 100, p. 82 ; P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 145 et s.

¹³⁶¹ I. Maria, « La doctrine universitaire », *art. préc.*, n° 104, p. 84 ; P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 146.

¹³⁶² C. Cyteval, *thèse préc.*, n° 84.

¹³⁶³ *Ibid.*, n° 87 ; I. Maria, « La doctrine universitaire », *art. préc.*, n° 128, p. 101.

¹³⁶⁴ I. Maria, « La doctrine universitaire », *art. préc.*, n° 105, p. 87 : la présentation est souvent « neutre », l'objectif étant de citer de nombreuses opinions différentes afin de connaître l'état des lieux, « poser les problèmes » (n° 125, p. 99) ou encore « fournir des explications » (n° 123, p. 98). Elle fait souvent office de simple « information », revêtant un rôle de « bouche de la loi [...] et de la jurisprudence » (n° 120 et 122, p. 96 et 97) par « la présentation ordonnée des règles » (n° 114, p. 93) et de « la démarche du législateur » (n° 120, p. 96).

¹³⁶⁵ *Ibid.*, n° 120, p. 96 ; P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 146.

¹³⁶⁶ I. Maria, « La doctrine universitaire », *art. préc.*, n° 120, p. 96.

¹³⁶⁷ À l'exception de quelques travaux, tels que M. Mekki, *thèse préc.*

la référence aux auteurs pour la détermination de l'intérêt général en droit privé demeure rare, en dépit de quelques illustrations occasionnelles.

298. Quelques exemples de recours à la doctrine pour la détermination de l'intérêt général. La doctrine sert occasionnellement de piste de découverte de l'intérêt général, au moins dans son sens formel : dans le rapport préalable à l'arrêt du 16 octobre 2012, Monsieur Jean-Pierre Rémercy cite plusieurs auteurs pour démontrer la présence d'un intérêt général dans la saisine d'office du juge en cas de redressement judiciaire prévu par l'article L. 631-5 du code de commerce¹³⁶⁸ : « en matière de procédure collective [...] [se] trouve au premier plan, [...] une dimension de police économique d'où l'intérêt général n'est pas absent, dans un contentieux où, en tout cas, l'on dépasse la personne du débiteur et de ses créanciers, le juge jouant, dans les procédures collectives, un rôle qui s'apparente à celui d'un "administrateur" »¹³⁶⁹. Ainsi, l'intérêt général est cité, notamment à travers la référence aux écrits de Messieurs Serge Guinchard¹³⁷⁰ et Pierre Le Corre¹³⁷¹, qui parlent respectivement de « police d'intérêt général » et « d'ordre public économique ». L'enjeu fait également l'objet d'une explicitation matérielle dans le rapport à travers d'autres références doctrinales. Ainsi, dans ses travaux, le professeur Pierre Cagnoli évoque le souci « [d'éviter] la perte de temps liée à l'anéantissement d'une procédure »¹³⁷². De même, Mesdames Françoise Pérochon et Régine Bonhomme estiment que « la possibilité qu'a le tribunal de se saisir d'office [...] répond au même besoin que la saisine par le ministère public et permet d'éviter les conséquences de l'inertie du débiteur ou de ses créanciers ou de remédier à leur maladresse, lorsque la demande, bien fondée, est irrecevable ou irrégulière en la forme »¹³⁷³. Encore, le professeur André Jacquemont expose que : « [la saisine d'office] permet de surmonter l'inertie du débiteur ou sa connivence avec certains de ses créanciers », c'est ainsi que le mécanisme « présente un grand intérêt grâce à la multiplication des informations dont peuvent disposer

¹³⁶⁸ J.-P. Rémercy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *préc.*, p. 7.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 6 et 7. L'auteur cite à ce sujet S. Guinchard, *Rép. proc. civ.*, « Procès équitable », mars 2017, actu. nov. 2022, n° 248 : « la question doit être posée sous l'angle de la mission de police d'intérêt général exercée par la juridiction civile ». De même, il cite P. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2012/2013, n° 231 à 241.

¹³⁷⁰ J.-P. Rémercy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *préc.*, p. 7 : S. Guinchard, *Rép. proc. civ.*, *préc.*, n° 248 : « la question doit être posée sous l'angle de la mission de police d'intérêt général exercée par la juridiction civile ».

¹³⁷¹ J.-P. Rémercy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *préc.*, p. 7 : P. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 231 à 241 : « le droit pour le tribunal d'ouvrir une procédure collective... marque bien le caractère d'ordre public économique de la législation des procédures collectives. La faillite n'est pas seulement l'affaire du débiteur et de ses créanciers ».

¹³⁷² J.-P. Rémercy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *préc.*, p. 7 : cite P. Cagnoli, « Actus des procédures collectives », n° 6/2011, p. 3.

¹³⁷³ J.-P. Rémercy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *préc.*, p. 7 et 8 : cite F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. « Manuels », 7^e éd., n° 192.

maintenant le tribunal comme le ministère public »¹³⁷⁴ et l'auteur de mettre en balance ces intérêts avec les obstacles qui peuvent se rencontrer notamment au regard de « l'impartialité du juge » et de l'article 6 de la Convention européenne¹³⁷⁵. Plus loin, le conseiller rapporteur se réfère aux écrits du professeur Blandine Rolland qui « fait valoir [...] des considérations pratiques d'efficacité, le juge étant moins, dans les domaines couverts par la saisine d'office, un véritable juge qu'un “régulateur” et ayant la charge de la protection d'intérêts supérieurs, ceux de l'entreprise par exemple, protection qui ne pourrait attendre la bonne volonté d'une partie privée, à laquelle le juge serait donc obligé de se substituer » et de proposer des garanties pour protéger l'impartialité du juge¹³⁷⁶. Enfin, le rapport souligne les « racines historiques du mécanisme », à travers les écrits du professeur Jean-Luc Vallens : « cette faculté (saisine *ex officio*) [...] trouve ses racines dans la fonction de police jouée par les tribunaux de commerce de la Renaissance »¹³⁷⁷. La préparation de l'arrêt s'attelle ainsi à une véritable démonstration de tous les aspects du contenu de l'intérêt général justifiant la disposition à travers les présentations doctrinales.

299. La doctrine « organique ». Issue du droit public, cette expression désigne les « écrits des membres de la juridiction administrative »¹³⁷⁸. Une pratique semblable se développe en droit privé à travers les « résumés », le « rapport annuel », les « communiqués de presse », ainsi que l'ensemble de la production documentaire récente qui caractérise son activité, en particulier les avis des avocats généraux et des conseillers rapporteurs pour les arrêts de chambre mixte et d'Assemblée plénière¹³⁷⁹. Cette source est intermédiaire « entre doctrine universitaire et jurisprudence »¹³⁸⁰. Ainsi les documents préalables des arrêts peuvent eux-mêmes faire référence à d'autres travaux préparatoires élaborés pour d'autres décisions¹³⁸¹, ou à la doctrine organique d'autres juridictions, telles que le Conseil constitutionnel¹³⁸² ou encore

¹³⁷⁴ J.-P. Rémy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *préc.*, p. 8 : cite A. Jacquemont, *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. « Manuels », 8^e éd., 2013, n° 253.

¹³⁷⁵ *Idem*.

¹³⁷⁶ J.-P. Rémy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *préc.*, p. 8 : cite B. Rolland, « Réflexions sur la saisine d'office », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 685 et s. (ici le conseiller ne cite pas *in extenso* mais paraphrase l'article).

¹³⁷⁷ J.-P. Rémy, rapport sur Com., 16 oct. 2012, *op. cit.*, p. 9 : J.-L. Vallens, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly, coll. « Pratique des affaires », 2011.

¹³⁷⁸ V. Rivollier, « La doctrine organique », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 105 et s., n° 132, p. 106.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, n° 134, p. 108 et 109.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, n° 135, p. 109.

¹³⁸¹ *Ibid.*, n° 146 et s., p. 117 et s.

¹³⁸² *Ibid.*, n° 170, p. 130.

à la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁸³, ce qui en fait un outil du « dialogue des juges »¹³⁸⁴. Cependant, cette source est peu fructueuse en matière d'intérêt général.

300. Ainsi, la doctrine académique est dans l'ensemble peu utilisée, de même que la doctrine « organique »¹³⁸⁵. La référence aux travaux préparatoires de la loi n'est pas beaucoup plus fréquente.

C. La référence trop rare aux travaux du législateur

301. Il est assez surprenant de constater que les documents préalables des arrêts font assez peu référence aux travaux préparatoires de la loi ou à ses motifs pour identifier l'intérêt général destiné à contrebalancer l'application des droits fondamentaux. Il arrive qu'une référence soit faite au législateur ou à son intention, mais sans mention précise de quelconques sources attestant d'une telle volonté¹³⁸⁶. Ainsi, différents documents préparatoires de la loi peuvent exprimer les objectifs poursuivis par la règle (1) et peuvent être utilisés pour la détermination du contenu de l'intérêt général (2).

1. L'expression des objectifs de la loi dans les documents préparatoires de la loi

302. **Quels travaux préparatoires ?** L'objectif de la règle pourrait être recherché dans les travaux préparatoires¹³⁸⁷. L'expression « travaux préparatoires » est finalement assez floue, elle renvoie à nombre de documents dotés de fonctions spécifiques, qui ne sont sans doute

¹³⁸³ V. Rivollier, « La doctrine organique », *art. préc.*, n° 173, p. 132.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, n° 169 et s., p. 130 et s.

¹³⁸⁵ Nous n'avons pas trouvé d'exemple de référence à la doctrine organique pour la détermination de l'intérêt général. Sur cette notion, v. V. Rivollier, « La doctrine organique », *art. préc.*, n° 132, p. 106 : issue du droit public, cette expression désigne les « écrits des membres des de la juridiction administrative », pratique qui se développe en droit privé à travers les « résumés », le « rapport annuel », les « communiqués de presse », ainsi que l'ensemble de la production documentaire récente qui caractérise l'activité de la Cour et dont les travaux préalables aux arrêts font partie (n° 134, p. 108 et 109). Cette source joue un rôle intermédiaire « entre doctrine universitaire et jurisprudence » (n° 135, p. 109). Ainsi les travaux préparatoires des arrêts peuvent eux-mêmes donner une place à d'autres travaux préalables d'arrêts (n° 146 et s., p. 117 et s.) ou à la doctrine organique d'autres juridictions telles que le Conseil constitutionnel (n° 170, p. 130) ou encore la Cour européenne des droits de l'homme (n° 173, p. 132). Les travaux préalables constituent en quelque sorte un outil du « dialogue des juges » (V. Rivollier, « La doctrine organique », *art. préc.*, n° 169 et s., p. 130 et s. ; P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, spéc. p. 158 et 159. Sur le dialogue des juges, v. *Le dialogue des juges*, Actes colloque 28 avr. 2006, Univ. libre Bruxelles, *Cah. institut étud. justice*, n° 9, Bruylant, Bruxelles).

¹³⁸⁶ R. de Gouttes, avis sur Ass. plén., 7 avr. 2006, n° 05-11.519.

¹³⁸⁷ D. Fenouillet, « Le modèle du droit privé français », *art. préc.*, n° 27 : « La question de la preuve est particulièrement délicate en matière de garantie des droits fondamentaux, s'agissant d'établir la finalité d'une décision émanée des pouvoirs publics. Comment prouver la finalité d'une loi ou d'une jurisprudence ? On se demande alors si cette difficulté n'explique pas en partie la jurisprudence européenne, qui s'en tient le plus souvent aux finalités alléguées par l'État. On observera toutefois que le juge pourrait, s'inspirant des solutions civiles, utiliser divers documents donnant à voir plus ou moins directement et explicitement les finalités poursuivies : étude d'impact, exposé des motifs, travaux préparatoires, pour la loi ; rapport des conseillers et communiqué de la juridiction en cas de solution jurisprudentielle ; etc. ».

pas tous pertinents pour la recherche de l'objectif poursuivi par la loi¹³⁸⁸. On cite souvent les débats parlementaires, qui font apparaître les discussions ayant donné lieu à l'adoption du texte définitif, et peuvent fournir des éléments quant à l'objectif poursuivi. Les travaux préparatoires doivent en outre obligatoirement comporter, dans le cas des projets de lois, une étude d'impact, « document joint aux projets de loi, en complément de l'exposé des motifs, qui définit les objectifs poursuivis par le texte, recense les options alternatives, dresse un état du droit, évalue les conséquences juridiques, économiques, sociales et environnementales ainsi que les coûts et bénéfices financiers attendus »¹³⁸⁹. Les travaux préparatoires incluent enfin un exposé des motifs de l'adoption de la loi¹³⁹⁰. Il semble qu'aujourd'hui la formulation d'objectifs dans les travaux préparatoires de la loi soit de plus en plus attendue¹³⁹¹.

303. L'expression des objectifs dans la loi. L'hypothèse la plus simple est celle dans laquelle la loi elle-même énonce ses propres finalités. L'époque contemporaine est marquée par le développement de l'expression des objectifs dans la loi¹³⁹². Ce phénomène peut constituer un symptôme de l'inflation législative qui pousse le producteur de la norme à justifier son édicition¹³⁹³. Ce peut également être une conséquence de la remise en cause fréquente de la loi par le juge, qui pousse le législateur à exprimer l'intérêt général pour renforcer sa légitimité¹³⁹⁴. Quoi qu'il en soit, l'expression de l'intérêt poursuivi dans la loi est susceptible de guider le juge¹³⁹⁵. Dans cette hypothèse, la recherche de l'intérêt général se résume à l'exégèse des dispositions. Toutefois, la formulation des objectifs dans les textes n'est pas obligatoire¹³⁹⁶.

304. Les études d'impact et la recherche de l'intérêt général. L'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009¹³⁹⁷ dispose dans son deuxième alinéa que les documents qui constituent l'étude d'impact « définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent

¹³⁸⁸ Sur ce point, v. N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 472, p. 373. V. aussi loi organique n° 2009-403 du 15 avr. 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. Sur ce point, v. J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 406, p. 185 et s.

¹³⁸⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Étude », p. 423. Sur ce point, v. J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 406, p. 185 et s.

¹³⁹⁰ N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 472, p. 373.

¹³⁹¹ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 39 et 40. Sur ce point, v. *supra*, n° 164.

¹³⁹² J.-P. Richard, « Conclusions d'une recherche... », *art. préc.*, spéc. p. 806. Sur ce point, v. aussi C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.* et J.-Y. Chérot, « Les formulations d'objectifs... », *art. préc.*, spéc. p. 897, qui critique une telle pratique ; *contra* J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 405 et s., p. 185 et s. : considère que l'absence d'obligation de formulation des objectifs dans la loi « fragilise » le contrôle de proportionnalité.

¹³⁹³ J.-P. Richard, « Conclusions d'une recherche... », *art. préc.*, spéc. p. 806 ; E. Putman et C. Prieto, « Typologie... », *art. préc.*, spéc. p. 885.

¹³⁹⁴ J.-P. Richard, « Conclusions d'une recherche... », *art. préc.*, spéc. p. 806.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, spéc. p. 806 et 822 ; E. Putman et C. Prieto, « Typologie... », *art. préc.*, spéc. p. 885.

¹³⁹⁶ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 406, p. 185 et s.

¹³⁹⁷ Loi organique n° 2009-403 du 15 avr. 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. Sur ce point, v. J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 406, p. 185 et s.

les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation »¹³⁹⁸. En outre, l'article prévoit que l'étude d'impact doit « [évaluer] les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales » ; il s'agit par conséquent d'imaginer les effets des futures dispositions, y compris au regard des objectifs qu'elles s'étaient fixés. L'étude d'impact peut ainsi constituer une source précieuse des objectifs poursuivis par la loi. Par exemple, l'étude d'impact préalable à la loi du 18 novembre 2016, couramment appelée loi « Justice du XXI^e siècle »¹³⁹⁹, est riche en objectifs poursuivis : l'introduction n'en compte pas moins d'une quinzaine¹⁴⁰⁰. L'étude énonce un peu plus loin que « le projet de loi est fondé sur l'objectif d'efficience du service public de la justice »¹⁴⁰¹.

305. L'exposé des motifs. L'exposé des motifs, qui indique les « raisons »¹⁴⁰² d'édiction de la loi, permet la détermination de l'enjeu d'intérêt général. L'article 7 de la loi organique du 15 avril 2009 prévoit ainsi que « les projets de loi sont précédés de l'exposé de leurs motifs »¹⁴⁰³. Si les motifs ne doivent bien sûr pas être confondus avec les objectifs – l'un visant les arguments qui fondent l'existence de la loi, l'autre, le but qu'elle se fixe¹⁴⁰⁴ – ils peuvent parfois se rejoindre¹⁴⁰⁵. Ainsi, différents documents accompagnant la loi, bien que dépourvus de valeur normative¹⁴⁰⁶, peuvent éclairer l'enjeu d'intérêt général qu'elle entend poursuivre. C'est ainsi que dans l'exposé des motifs du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, référence est faite aux buts énoncés dans l'étude d'impact¹⁴⁰⁷. Ce document est en outre bien utile pour les lois antérieures à 2009 ou pour les propositions de loi, pour lesquelles l'étude d'impact n'était pas exigée.

¹³⁹⁸ Nous soulignons. Sur ce point, v. J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 406, p. 185 et s.

¹³⁹⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁴⁰⁰ Étude d'impact de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, disponible sur le site Internet de l'Assemblée nationale : « Faciliter les démarches des citoyens dans toutes les juridictions ; Faciliter les démarches des justiciables sur internet grâce à « Portalis » ; Renforcer la politique d'accès au droit ; Évaluer, au niveau local, les besoins de droit et de justice en association avec la société civile ; Ouvrir le service public de la justice sur la société par la création de conseils de juridiction ; Simplifier les délais, les règles et les recours en matière civile ; Favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges ; Permettre aux citoyens de mieux évaluer les possibilités de succès de leurs actions en justice ; Recentrer les magistrats sur leur cœur de métier ; Réorganiser les parquets et améliorer les méthodes de travail pour leur permettre de mieux accomplir leurs missions ; Renforcer la communauté de travail dans les juridictions ; Intensifier la politique d'aide aux victimes ; Recentrer le tribunal d'instance sur la justice du quotidien et sur la protection des personnes vulnérables ; Sécuriser la vie économique ; Améliorer le statut des magistrats pour mieux garantir les libertés ».

¹⁴⁰¹ Étude d'impact de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, *préc.*

¹⁴⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Exposé », p. 439.

¹⁴⁰³ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 418, p. 192.

¹⁴⁰⁴ Sur la distinction, v. *supra*, n° 181.

¹⁴⁰⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 181.

¹⁴⁰⁶ N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 475, p. 376.

¹⁴⁰⁷ Exposé des motifs de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, *préc.*

306. Les documents issus du Conseil des ministres pour les projets de loi. Les documents produits à l'occasion du Conseil des ministres peuvent être de nature à éclairer les objectifs poursuivis par un projet de loi. C'est ainsi que le compte rendu du Conseil des ministres du 31 juillet 2015 énonce notamment que le projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle « poursui[t] l'objectif d'une justice plus protectrice et plus accessible »¹⁴⁰⁸.

307. Limites du recours aux travaux préparatoires ? L'étude des travaux préparatoires pour éclairer le sens des textes comporte des limites, qui ont été soulignées par la doctrine¹⁴⁰⁹. Cependant, ils peuvent permettre au juge de puiser des informations utiles sur les objectifs généraux de la loi de nature à éclairer les dispositions particulières. En effet, si le recours aux travaux préparatoires pour éclairer le sens de la loi peut sembler discutable, son étude a davantage d'intérêt pour la découverte des objectifs de la loi, qui se détachent davantage du sens du texte ; le risque de dénaturation de la pensée du législateur est moins présent¹⁴¹⁰. Toutefois, même dans ce cas, le recours aux travaux préparatoires n'est pas sans inconvénients : « l'obligation de formulation de l'objectif » ne s'exerce qu'« en marge de la loi »¹⁴¹¹. Le législateur n'a aucune obligation d'exprimer dans la loi les objectifs qu'il poursuit¹⁴¹², et l'obligation de justifier le texte à travers des documents annexes ne concerne que les projets de lois¹⁴¹³. Les objectifs peuvent d'ailleurs évoluer au cours de la procédure législative, ou ultérieurement, et ne plus se rattacher à la version définitive du texte¹⁴¹⁴.

2. Le recours occasionnel aux travaux préparatoires de la loi dans les documents préalables des arrêts

308. La référence à l'intention du législateur sans référence explicite aux travaux préparatoires. Dans l'avis de l'avocat général relatif à un arrêt du 9 avril 2013, l'intention du législateur trouve une place importante dans le raisonnement. Il était question en l'espèce de l'ancien article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles, qui prévoyait le délai de

¹⁴⁰⁸ Compte-rendu du Conseil des ministres du 31 juill. 2017, au sujet de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, disponible sur le site Internet de l'Assemblée nationale.

¹⁴⁰⁹ H. Capitant, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935.77, spéc. p. 78 : notamment en raison de la diversité des avis pendant les débats, qui semblent impuissants à révéler une volonté. Reprenant la réflexion sur ce sujet quelques décennies plus tard, v. M. Couderc, « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D.* 1975.249. Plus récemment, N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 471 et s., p. 373 et s.

¹⁴¹⁰ Sur ce risque, v. H. Capitant, « L'interprétation des lois... », *art. préc.* ; M. Couderc, « Les travaux préparatoires... », *art. préc.* ; N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 471 et s., p. 373 et s.

¹⁴¹¹ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 406 et s., p. 185 et s.

¹⁴¹² *Ibid.*, n° 406, p. 185 et s.

¹⁴¹³ Sur ce point, v. *ibid.*, n° 406, p. 185 et s.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, n° 413 et s., p. 189 et s., sur la « reformulation potentielle de l'objectif législatif au cours de la procédure législative ».

recours et la notification des personnes ayant intérêt à agir contre une décision de placement d'un enfant comme pupille de l'État¹⁴¹⁵. L'article avait été déclaré contraire à la Constitution avec une abrogation retardée, inapplicable au litige. En l'espèce, la grand-mère d'un enfant avait souhaité intenter un recours en ce sens, qui avait été rejeté comme tardif¹⁴¹⁶. L'avis de l'avocat général éclaire la solution par la présentation des intérêts en présence : « La doctrine a souligné le caractère exceptionnel du recours à raison du nombre important de personnes ayant potentiellement qualité à agir. Il importe avant tout de prémunir contre des recours malveillants qui n'iraient pas dans l'intérêt de l'enfant et de réserver les recours à ceux dont le "lien" avec l'enfant traduit le plus souvent une volonté d'assumer sa charge »¹⁴¹⁷. Ceci explique l'absence de publicité : « Le législateur n'est pas allé jusqu'à prévoir une publicité générale de l'arrêté, ce qui au demeurant serait incompatible avec la discrétion qui doit gouverner la procédure d'admission et risquerait de porter atteinte à la vie privée de l'enfant »¹⁴¹⁸ ; par conséquent « l'absence de publicité poursuit un but général et justifie la restriction apportée au regard de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg »¹⁴¹⁹. De même, dans l'avis précédant l'arrêt du 8 décembre 2016 qui portait sur l'annulation d'un mariage célébré entre un homme et la fille de son ex-épouse, l'avocat général tente de faire le lien entre l'objectif poursuivi par l'article 161 et la situation de l'arrêt : « s'il n'y a pas d'inceste, il demeure une situation assimilable à une sorte d'inceste social ou sociétal déstabilisant pour l'environnement tant familial que relationnel »¹⁴²⁰. Les conclusions ne font toutefois pas référence aux travaux

¹⁴¹⁵ L'article était à l'époque ainsi rédigé : « L'admission en qualité de pupille de l'État peut faire l'objet d'un recours, formé dans le délai de trente jours suivant la date de l'arrêté du président du conseil général devant le tribunal de grande instance, par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale, par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demandent à en assumer la charge (1)./S'il juge cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le tribunal confie sa garde au demandeur, à charge pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale et prononce l'annulation de l'arrêté d'admission./Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine ».

¹⁴¹⁶ Civ. 1^{re}, 9 avr. 2013, n° 11-27.071 : les juges de la Cour de cassation avaient cependant estimé, sur le fondement de l'art. 6 CEDH que : « si le droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret et effectif constitue un aspect, n'est pas absolu, les conditions de recevabilité d'un recours ne peuvent toutefois en restreindre l'exercice au point qu'il se trouve atteint dans sa substance même ; qu'une telle atteinte est caractérisée lorsque le délai de contestation d'une décision, tel que celui prévu par l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles, court du jour où la décision est prise non contradictoirement et que n'est pas assurée l'information des personnes admises à la contester » et que la grand-mère « n'avait pas été informée, en temps utile, de l'arrêté et de la faculté de le contester ».

¹⁴¹⁷ P. Chevalier, « Nouveauté devant la Cour de cassation du moyen tiré de la violation du droit conventionnel d'accès au juge (avis de l'avocat général en vue de l'arrêt Civ. 1^{re}, 9 avr. 2013, n° 11-27.071) », *D.* 2013.1100, spéc. p. 1104, nous soulignons.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ *Ibid.*

¹⁴²⁰ L. Bernard de La Gatinais, « Mariage incestueux : avis de rejet de l'avocat général », *Dr. fam.* 2017.25, spéc. p. 36.

préparatoires, qui ne s'étaient que peu préoccupés de ces questions : le texte date des origines du code civil en 1804 et ne prévoyait alors pas de dispense¹⁴²¹ ; la question de la prohibition avait été peu débattue, les désaccords s'étant principalement concentrés sur la question des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs¹⁴²².

309. La référence explicite aux travaux préparatoires de la loi pour la détermination de l'intérêt général. L'identification de l'intérêt général dans les arrêts peut se faire explicitement sur le fondement des travaux préparatoires de la loi. Ainsi, dans les conclusions relatives à l'arrêt de la troisième chambre civile du 5 octobre 2016, relatif à la constitutionnalité de l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965¹⁴²³, référence fut faite aux travaux préparatoires de la loi en estimant que « le législateur a eu pour objectif l'amélioration du traitement des copropriétés en difficultés dont l'équilibre financier est gravement compromis »¹⁴²⁴. Plus loin, les conclusions ajoutent que « le législateur a décidé qu'il était d'intérêt général d'assurer le traitement des copropriétés en difficultés dans l'objectif d'assurer à chacun un logement digne et salubre, de protéger les propriétaires en préservant leur patrimoine et d'éviter les troubles à l'ordre public nés d'une situation dégradée »¹⁴²⁵. Quelques pages plus tard, l'avocat général procède à l'identification de l'intérêt général à partir des travaux parlementaires de la loi : « L'objectif du législateur, *ainsi qu'il résulte des travaux parlementaires*, est de sauvegarder les intérêts des copropriétaires et des occupants des logements en copropriété, d'assurer la conservation des immeubles, la salubrité et la dignité des conditions d'hébergement et le rétablissement d'un fonctionnement normal de la gestion de la copropriété. Cet objectif relève de l'intérêt général »¹⁴²⁶. La référence aux travaux parlementaires peut donc servir de source de détermination de l'intérêt général, bien que les conclusions ne précisent pas le document ayant servi de source à son identification.

310. On trouve ainsi, de manière éparse dans les documents préalables à l'arrêt, les traces d'un raisonnement pour la détermination du contenu de l'intérêt général, qui s'appuie sur

¹⁴²¹ A. Lamboley et C. Bernard-Xémard, *J. Cl. Civil Code*, « Art. 161 à 164 : Prohibition du mariage entre parents et alliés », actu. 12 juin 2020, n° 84 : les premières dispenses sur ce sujet furent introduites par une loi du 10 mars 1938.

¹⁴²² P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 1836, t. 9, p. 21 et s.

¹⁴²³ Loi n° 67-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis ; Civ. 3^e, 5 oct. 2016, *préc.* : et plus particulièrement son premier paragraphe relatif à la possibilité pour le juge de désigner un administrateur provisoire du syndicat des copropriétaires dont « l'équilibre financier » se trouvait « gravement compromis », au regard de de la liberté contractuelle et du droit au maintien des conventions légalement formées, de la légalité et la nécessité des peines, de la présomption d'innocence et des droits de la défense, en constitue un exemple.

¹⁴²⁴ M. Salvat, concl. sur Civ. 3^e, 5 oct. 2016, *préc.*, in *Les grandes conclusions...*, *préc.*, spéc. p. 51.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, spéc. p. 52.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, spéc. p. 54 (nous soulignons).

la jurisprudence, la doctrine ou les travaux préparatoires des lois. Cependant, la pratique est si rare et peu organisée qu'elle semble concerner un élément facultatif du débat. Or, l'identification de l'intérêt général dans ce contentieux n'est pas qu'un simple guide d'interprétation de la règle¹⁴²⁷ : elle constitue un élément indispensable de son application. C'est la raison pour laquelle l'intérêt général doit s'intégrer dans les règles de preuve des éléments du litige.

§3. PREUVE ET DÉMONSTRATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

311. L'intérêt général peut-il se prouver, au même titre que n'importe quel élément de la cause ? Constitue-t-il un élément de fait qu'il faudrait prouver ou un élément de droit qu'il conviendrait de démontrer ? Lorsqu'il est question de donner un contenu à l'intérêt général, la question peut se poser de savoir s'il convient de prouver et, le cas échéant, l'objet (A) et la charge de cette preuve (B).

A. L'objet de la preuve ou de la démonstration de l'intérêt général

312. Preuve d'un fait ou preuve du droit : application de l'adage « *donne-moi les faits et je te donnerai le droit* ». En quoi l'identification de l'intérêt général consiste-t-elle ? S'agit-il de la preuve d'un fait ou de la démonstration d'un élément de droit ? La distinction est importante car elle détermine l'acteur qui doit apporter les éléments permettant de donner son contenu à l'intérêt général. En effet « le domaine des faits serait celui des parties [...] ; le domaine du droit serait celui du juge », ce en application de l'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » – donne-moi les faits, je te donnerai le droit¹⁴²⁸. La détermination du contenu de l'intérêt général résulte-t-elle de la preuve d'un élément de fait ou de l'interprétation d'un élément de droit ? Est-ce aux parties de l'apporter ou au juge de la dégager dans son appréciation juridique de la cause ? La preuve étant la « démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi »¹⁴²⁹, elle concerne les faits. Dès lors, la question de la preuve de l'intérêt général revient à trancher celle, peu évidente, de sa nature d'élément de fait ou d'élément de droit.

313. L'objet de la preuve de l'intérêt général devant le juge administratif : approche abstraite et approche concrète de l'intérêt général en droit administratif de la preuve. La pratique du juge administratif peut servir de point de départ des recherches sur la preuve de l'intérêt général en raison du lien qu'il entretient avec la notion. À ce sujet, le

¹⁴²⁷ P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*

¹⁴²⁸ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile, op. cit.*, n° 514, p. 431.

¹⁴²⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Preuve », p. 804.

professeur Didier Truchet distingue deux manières de prouver l'intérêt général selon « la précision exigée par le juge dans l'établissement de l'intérêt public »¹⁴³⁰. Dans une appréciation abstraite de l'intérêt général, les circonstances particulières indiffèrent le juge, seul le « type d'activité, d'opération, de décision » sera pris en compte¹⁴³¹. À l'inverse, l'appréciation concrète prend en compte le cas particulier étudié et le contexte du litige¹⁴³². Le premier cas est plus favorable à l'administration et le second, au requérant¹⁴³³. L'objet de la preuve de l'intérêt général dépendra ainsi de l'office du juge en la matière. L'analogie est pertinente pour éclairer l'intérêt général dans son rôle de limite aux droits fondamentaux : l'intérêt général abstrait de la loi revient à l'objectif qu'elle poursuit, indépendamment du litige, tandis que l'intérêt général concret renvoie à l'application de l'objectif dans les circonstances particulières du litige, en lien avec la situation de parties.

314. L'intérêt général formel et l'intérêt général substantiel dans la démonstration. L'intérêt général formel constitue la justification de la norme : le rattachement de l'objectif poursuivi par le législateur à l'intérêt général fonde la validité de la norme. En théorie, sa présence est consubstantielle à la disposition, elle ne nécessite pas de démonstration : la loi s'accompagne par définition d'un objectif d'intérêt général. Cependant, le contrôle de la loi au regard des textes de droits fondamentaux suppose d'aller au-delà de ce présumé pour vérifier que l'objectif poursuivi par le législateur est effectivement rattaché à l'intérêt général. Pour contrôler la validité de l'intérêt général formel, le juge doit contrôler son contenu : son examen se concentre donc sur l'intérêt général substantiel. Or, ce dernier se décompose, dans le contrôle de proportionnalité, entre l'intérêt général abstrait et l'intérêt général concret¹⁴³⁴.

315. Distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret dans son rôle de limite aux droits fondamentaux. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité abstrait et concret suppose d'identifier doublement l'intérêt général, *in concreto* et *in abstracto*. La distinction est intéressante et peut éclairer la pratique d'un contrôle articulé entre un volet abstrait et un volet concret¹⁴³⁵. Ainsi, il semble que la balance des intérêts abstraite, pour rechercher la validité de la norme détachée du cas particulier, ne peut faire l'objet que de la

¹⁴³⁰ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

¹⁴³¹ *Ibid.*

¹⁴³² *Ibid.* ; sur la détermination de l'intérêt général en fonction du contexte, v. G. Pellissier, *thèse préc.*, p. 238. Sur le fait que le juge administratif semble s'orienter de plus en plus vers une vision concrète de l'intérêt général, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 251.

¹⁴³³ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 244.

¹⁴³⁴ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

¹⁴³⁵ De même, v. *ibid.*

démonstration de l'intérêt général abstrait, détaché du cas particulier. En effet, si l'objectif de la loi se fonde sur des données extrajuridiques¹⁴³⁶, son rattachement à la règle en fait un élément de droit ; il ne saurait dès lors se prouver comme un fait du litige, il doit être recherché et démontré, par exemple à partir de la loi et de ses documents annexes¹⁴³⁷. À l'inverse, la balance concrète des intérêts peut mettre en jeu un intérêt général « concrétisé », c'est-à-dire mis en œuvre par le litige, notamment en raison de son rattachement à des intérêts particuliers satisfaits par l'application de la loi. Par exemple, dans l'arrêt du 4 décembre 2013, l'intérêt général abstrait est constitué par les impératifs liés à l'équilibre familial et au tabou de l'inceste *en soi*, indépendamment de la situation familiale particulière présentée devant le juge¹⁴³⁸, tandis que l'intérêt général concret s'incarne dans la nécessité de protéger la famille de l'ex-époux contre les effets de déstabilisation entraînés par le refus d'application de la loi.

316. L'intérêt général abstrait, élément de droit ; l'intérêt général concret, élément de fait. L'intérêt général abstrait doit correspondre à l'objectif de la règle : il s'attache à la norme, au même titre que l'intérêt général formel. Il constitue la justification de la norme : bien que fondé sur des éléments extrajuridiques, l'objectif législatif ne saurait être considéré comme un élément de fait¹⁴³⁹. Les « éléments de fait » renvoient aux circonstances particulières d'un litige : or, bien que fondé sur des éléments extrajuridiques pouvant guider l'adoption ou le maintien dans l'ordre juridique de la loi – données sociologiques, historiques ou encore scientifiques – l'objectif poursuivi par la loi n'appartient pas au fait¹⁴⁴⁰. Il se rattache à la règle et constitue par conséquent un élément de droit, susceptible d'une démonstration. À l'inverse, l'intérêt général concret s'incarne dans le litige, en particulier lorsqu'il rejoint les intérêts de la partie ayant vocation à bénéficier de l'application de la loi : il se *prouve* par les faits.

317. Objet de la démonstration de l'intérêt général substantiel abstrait. Lorsque le juge contrôle la conformité *in abstracto* de la loi, il s'agit de démontrer le contenu de l'intérêt général porté par la loi indépendamment du litige, notamment à partir des éléments attestant de l'objectif de la règle. Il doit s'assurer qu'il est effectivement rattaché à la règle, notamment par le contrôle de l'adéquation. Une fois cette identification effectuée, il conviendra d'estimer l'importance et la légitimité de cet enjeu.

¹⁴³⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 163.

¹⁴³⁷ Sur les méthodes d'interprétation pour la détermination de l'objectif de la loi, v. *infra*, n° 793 et s.

¹⁴³⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 308, notamment les développements relatifs de L. Bernard de La Gatinais, « Mariage incestueux... », *avis préc.*

¹⁴³⁹ Sur ce point, v. aussi *supra*, n° 163.

¹⁴⁴⁰ Sur ce point, v. aussi *supra*, n° 163. Sur la distinction entre les « faits de l'espèce » et « les faits de société », v. J.-L. Aubert, « Le fait et la Cour de cassation », *art. préc.*

318. Objet de la preuve de l'intérêt général substantiel concret. L'intérêt général concret se prouve en apportant des éléments de fait liés aux circonstances du litige. Ces derniers doivent être de nature à convaincre le juge de la mise en œuvre concrète, en l'espèce, de l'intérêt général abstrait. La preuve, qui porte sur un fait, peut être effectuée librement, par n'importe quel mode¹⁴⁴¹. À l'issue de cette preuve, les parties concernées devront démontrer l'importance de ces enjeux par rapport aux intérêts concurrents.

B. La charge de la preuve de l'intérêt général

319. Le faible risque de la preuve en matière d'intérêt général en l'état actuel du droit. L'enjeu de la charge de la preuve est évidemment le risque de la preuve ; en d'autres termes, il s'agit de savoir laquelle des parties doit succomber si la démonstration n'est pas fructueuse. À l'heure actuelle, la place de l'intérêt général devant les différentes juridictions fait que la question se pose peu de la sorte : les juges déduisent ou affirment souvent le contenu de l'intérêt général sans démonstration particulière. Toutefois il est intéressant d'examiner en quoi pourrait consister le système de charge de la preuve de l'intérêt général dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. L'intérêt général devrait en effet constituer un élément indispensable du raisonnement, objet d'une véritable démonstration, dont l'absence exposerait celui sur qui pèse sa charge au risque de succomber.

320. Afin de comprendre les mécanismes de la charge de la preuve de l'intérêt général, un détour comparatif est nécessaire par la pratique du juge administratif (1). L'analyse des solutions du Conseil constitutionnel (2) et de la Cour européenne des droits de l'homme (3) est également intéressante pour appréhender celle de la Cour de cassation (4).

1. Pratique en droit administratif

321. La charge de la preuve de l'intérêt général en droit administratif. À l'époque de sa thèse de doctorat, le professeur Didier Truchet estimait qu'une « majorité » de la doctrine « cro[y]ait » à une présomption d'intérêt général justifiant l'action de l'administration¹⁴⁴². La logique veut en effet que ce soit au demandeur, celui qui prétend que l'acte est illégal, de prouver le tort de l'administration¹⁴⁴³. En réalité, l'enjeu de la question d'une présomption d'intérêt général en faveur de l'administration « ne se pose vraiment que si l'instruction n'a

¹⁴⁴¹ F. Deshayes, *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, dir. F. Sudre, thèse dactyl. Montpellier I, 2002, n° 521 et s., p. 202 et s., nous signale que devant la Cour européenne des droits de l'homme, la preuve est libre. Sur le fait que le droit étranger est, dans une certaine mesure, traité comme un fait, v. T. Vignal, *Rép. dr. internat.*, « Preuve », actu. Mars 2013, n° 6 et B. Audit et L. d'Avout, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 9^e éd., 2022, n° 339, p. 308.

¹⁴⁴² D. Truchet, *thèse préc.*, p. 209.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 211.

dégagé aucune certitude » ; en d'autres termes, il s'agit alors déterminer sur qui pèse le risque de la preuve, si après l'exercice du contradictoire, aucun des points de vue ne se dégage clairement¹⁴⁴⁴. Plus qu'une présomption d'intérêt général, « il existe une présomption d'action régulière au bénéfice de l'administration » ; toutefois, « le juge est maître de cette présomption, il en use avec un pragmatisme évident »¹⁴⁴⁵. L'administration bénéficie donc d'une « présomption de légalité, dont la présomption d'intérêt général n'était à l'origine qu'un aspect »¹⁴⁴⁶. Ainsi, la présomption d'intérêt général en tant que telle n'existe pas¹⁴⁴⁷ ; il n'y a qu'en matière de détournement de pouvoir qu'une éventuelle présomption d'intérêt général peut jouer, puisque le requérant doit alors démontrer que l'administration n'a pas agi dans l'intérêt général¹⁴⁴⁸.

322. Les termes de « preuve » et de « présomption » peuvent apparaître surprenants dans ce contexte, puisqu'ils se rattachent davantage aux éléments de fait qu'aux éléments de droit. Cependant, le contentieux de la légalité de l'acte administratif est bien plus proche des faits que celui du contrôle de la loi. D'ailleurs, contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'État procède à un contrôle des éléments de fait : il examine « l'erreur de fait », qui peut correspondre à « l'exactitude matérielle des faits » ou à la « qualification juridique des faits »¹⁴⁴⁹. Par conséquent, le rapport entre le droit et le fait n'est pas abordé de la même manière dans l'ordre judiciaire et dans l'ordre administratif. En outre, la décision administrative consiste en la mise en œuvre de la loi par l'administration : elle s'applique dans un contexte particulier. L'acte administratif est en effet un « acte juridique fait dans le cadre et pour l'exécution d'une opération administrative »¹⁴⁵⁰. Par sa nature concrète, opérationnelle et son champ d'application limité, l'acte administratif fait l'objet d'un contrôle de l'intérêt général distinct de celui de l'intérêt général abstrait de la loi. Ainsi, l'intérêt général abstrait n'a pas la même signification dans la loi et dans l'acte administratif¹⁴⁵¹.

323. Tout se passe comme si finalement, devant le juge administratif, l'acte attaqué bénéficiait d'une présomption de légalité, dont l'intérêt général constituerait l'un des

¹⁴⁴⁴ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 213.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 215.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 240.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 240 et 241.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 240 et 243, sur la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif.

¹⁴⁴⁹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1157, p. 1558.

¹⁴⁵⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Acte », p. 19.

¹⁴⁵¹ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

aspects¹⁴⁵². Il appartient dès lors à celui qui conteste la légalité de la norme qui ne poursuivrait pas l'intérêt général, de prouver sa prétention, ce qui reviendra le plus souvent à prouver que l'intérêt poursuivi ne peut être qualifié d'intérêt général.

2. Pratique du Conseil constitutionnel

324. L'absence de litige devant le Conseil constitutionnel. À la différence d'autres juridictions telles que la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel n'a pas à connaître de litiges. Par conséquent, que la question portée devant lui vienne de l'une des Assemblées ou d'une juridiction, la réponse doit être envisagée abstraitement. En l'absence de parquet devant le Conseil constitutionnel, nul n'est chargé de la fonction de démontrer la présence de l'intérêt général, et de sa qualité. Seule la question prioritaire de constitutionnalité soulevée opposera éventuellement des arguments de nature à dénier le caractère d'intérêt général de la loi attaquée. Le Conseil constitutionnel en est donc réduit à rechercher les éléments permettant de déterminer le contenu de l'intérêt général nécessairement abstrait, sans la confrontation d'arguments résultant d'une véritable contradiction. Il se fonde donc sur les documents disponibles : en particulier, le « dossier documentaire », préparé par les services du Conseil en concertation avec le rapporteur¹⁴⁵³. Les travaux préparatoires de la loi sont également présentés¹⁴⁵⁴. Ces documents peuvent constituer, en quelque sorte, la « défense » du législateur. Le Conseil a ainsi pour tâche d'identifier l'objectif poursuivi par la règle contrôlée parmi les éléments dont il dispose et de le rattacher, le cas échéant, à une catégorie d'intérêt général préexistante, ce qui entraînera sa qualification et son placement parmi la hiérarchie des enjeux. Enfin, le Conseil constitutionnel ne s'intéresse qu'à l'aspect abstrait de l'intérêt général, qu'il doit en principe rattacher à l'objectif de la règle¹⁴⁵⁵.

325. Le caractère discutabile de la notion de « preuve » devant le Conseil constitutionnel. Le contrôle du Conseil constitutionnel étant exclusivement abstrait, il ne peut faire l'objet que d'une *démonstration*. En l'absence de tout litige, puisque la question ne porte que sur la compatibilité abstraite de la loi, l'intérêt général ne fait pas véritablement l'objet d'une *preuve*. Le Conseil doit statuer sur un raisonnement, à partir d'une question posée par l'une des institutions compétentes ou par un justiciable. Pourtant il dispose de mécanismes

¹⁴⁵² D. Truchet, *thèse préc.*, p. 240.

¹⁴⁵³ J.-E. Schoettl, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cah. Cons. const.*, n° 25, août 2009.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵⁵ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 et 38 ; G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace... », *art. préc.* et G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 37 et 38.

proches de ceux d'une juridiction tranchant un litige pour déterminer si l'objectif poursuivi par le législateur est acceptable.

326. Les mécanismes de rattachement de l'objectif du législateur à l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel : l'existence d'une présomption ? On a pu affirmer que, dans la pratique du Conseil constitutionnel, l'objectif législatif fait l'objet d'une présomption de rattachement à la catégorie d'intérêt général¹⁴⁵⁶, en raison de son caractère très politique¹⁴⁵⁷. Cette présomption ne serait cependant pas irréfragable¹⁴⁵⁸ et pourrait faire l'objet d'un contrôle approfondi pour vérifier que l'intérêt général est suffisant¹⁴⁵⁹. Le Conseil doit donc effectuer, face à l'argumentaire qu'il reçoit, le double travail d'identification de l'enjeu et d'estimation de son importance. Il arrive d'ailleurs que le Conseil constitutionnel censure une loi pour absence de « motif légitime »¹⁴⁶⁰. Toutefois, le terme de « présomption » n'est pas parfaitement adéquat : ce dernier se rattache plutôt à la preuve d'un élément de fait qu'à la démonstration d'un élément de droit. Il serait plus juste de dire que le Conseil constitutionnel suppose, dans la mesure où cela entre dans la définition de la loi, que l'objectif poursuivi par la règle est d'intérêt général, avant de procéder à une vérification.

3. Pratique de la Cour européenne des droits de l'homme

327. La souplesse de la charge de la preuve pesant sur le demandeur devant la Cour européenne des droits de l'homme. À l'exception de l'article 18 relatif au détournement de pouvoir, dans lequel la bonne foi de l'État membre est présumée et implique la preuve par le requérant du véritable objectif poursuivi¹⁴⁶¹, il est délicat de synthétiser les règles qui régissent les mécanismes de preuve devant la Cour européenne. Il semble pourtant qu'elle obéisse au principe *actori incumbit probatio*, dans la mesure où la charge de la preuve incombe au demandeur¹⁴⁶². En d'autres termes, il incombe en principe au requérant qui agit contre l'État de prouver la violation de la Convention¹⁴⁶³ ; il revient réciproquement à l'État de montrer que

¹⁴⁵⁶ B. Mathieu, *Les « validations » législatives*, op. cit., p. 202 ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 556, p. 250.

¹⁴⁵⁷ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 557 et s., p. 251 et s.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, n° 562, p. 253.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, n° 563 et s., p. 254 et s.

¹⁴⁶⁰ V. *infra*, n° 393 et not. M. Collet, « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde*, 3 janv. 2013, à propos de la décision Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, cons. 133 : « le maintien du régime fiscal dérogatoire applicable aux successions sur des immeubles situés dans les départements de Corse conduit à ce que, sans motif légitime, la transmission de ces immeubles puisse être dispensée du paiement de droits de mutation ».

¹⁴⁶¹ P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn et L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 5^e éd., 2018, p. 1099.

¹⁴⁶² S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 307, p. 231. F. Deshayes, *thèse préc.*, n° 1003, p. 376.

¹⁴⁶³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 306 et 307, p. 230 et 231. Pour ce mécanisme dans le cas particulier d'un acte juridique qui porterait atteinte aux droits fondamentaux, v. J. Raynaud, *thèse préc.*, n° 319, p. 319.

la mesure est, au pire, une simple ingérence¹⁴⁶⁴. Pourtant, « la Cour déclare qu'elle n'a pas de conception stricte de la charge de la preuve »¹⁴⁶⁵, elle en fait une application « pragmatique »¹⁴⁶⁶ et recourt à la pratique de la « charge effective de la preuve »¹⁴⁶⁷, dans une logique d'efficacité des droits : « dès lors que la preuve est trop difficile ou impossible à rapporter pour la victime, pour peu qu'elle ait donné quelque consistance à sa version des faits », l'État en supporte le risque¹⁴⁶⁸. Sa pratique des règles probatoires est donc à l'image du reste du contentieux : imprévisible et adaptée aux circonstances du litige dans un objectif de protection maximale des droits fondamentaux.

328. Situations d'atténuation de la charge de la preuve pour le demandeur. Cette approche occasionnellement « renversée » de la charge de la preuve est corrélée par certains mécanismes mis en œuvre par la Cour européenne. C'est par exemple le cas du maniement de la notion de « victime potentielle », qui dispense de prouver un véritable préjudice de la part des requérants : « il lui suffit de prouver qu'il existe un texte normatif contraire aux exigences de la Convention »¹⁴⁶⁹. Dans ce cas, la charge de la preuve devant la Cour européenne se trouve déplacée dans son objet¹⁴⁷⁰ : dès lors qu'un requérant peut apporter la preuve, sans préjudice effectif subi, que la simple existence d'une règle dans un État membre est *susceptible* de porter atteinte à ses droits et libertés, alors il incombe à l'État de prouver l'absence de violation, qui implique la preuve de l'intérêt général poursuivi par la mesure litigieuse¹⁴⁷¹. D'ailleurs, Monsieur Fred Deshayes souligne dans sa thèse de doctorat que dans certains cas, la simple preuve de l'appartenance à une catégorie visée par une mesure pouvant être jugée contraire à la Convention peut suffire : l'auteur donne l'exemple de l'arrêt *Open Door et autres contre Irlande*, dans lequel des associations se plaignaient de se voir interdire la diffusion d'informations concernant les conditions de l'interruption volontaire de grossesse. Deux

¹⁴⁶⁴ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 308, p. 231. Pour ce mécanisme dans le cas particulier d'un acte juridique qui porterait atteinte aux droits fondamentaux, v. J. Raynaud, *thèse préc.*, n° 319, p. 319.

¹⁴⁶⁴ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 308, p. 231. V. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 231, p. 238 : « la structure du contrôle fait peser la charge de la preuve de la justification de la restriction sur son auteur qui sera nécessairement un État devant la Cour européenne des droits de l'homme » et n° 57, p. 62 : « Afin d'établir la violation par l'État de son obligation négative, le requérant doit établir l'existence d'une atteinte à son droit fondamental constituée par l'application du droit interne, à charge pour l'État de démontrer qu'elle se trouve justifiée ». Sur la répartition de la charge de la preuve en cas d'obligation positive, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 52, p. 71.

¹⁴⁶⁵ F. Deshayes, *thèse préc.*, n° 1023, p. 383.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, n° 1023, p. 383.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, n° 1124, p. 419.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, n° 1124, p. 419.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, n° 453, p. 177 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 203, p. 312 : « l'élargissement de la notion de victime potentielle rend parfois peu nette la frontière entre le droit de recours individuel et l'*actio popularis* ».

¹⁴⁷⁰ Sur le mécanisme de présomption de préjudice dans ce domaine, v. *infra*, n° 902.

¹⁴⁷¹ F. Deshayes, *thèse préc.*, n° 453, p. 177 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 203, p. 312.

victimes furent reconnues comme telles par la simple démonstration « de leur âge et de leur appartenance au sexe féminin »¹⁴⁷². Cette méthode permet ainsi « d'ouvrir au plus grand nombre le prétoire de la Cour »¹⁴⁷³. Un autre exemple d'atténuation du principe classique de charge de la preuve réside dans la démonstration de l'absence d'impartialité d'un juge : la seule démonstration par le requérant de craintes objectivement justifiées peut suffire¹⁴⁷⁴. La Cour se range parfois à une approche « *pro victima* » de la charge de la preuve¹⁴⁷⁵. Cette situation s'accompagne de véritables renversements de la charge de la preuve, par exemple en matière de discrimination¹⁴⁷⁶ ou « d'élargissement de l'objet de la preuve » en faveur du requérant : il s'agit de situations dans lesquelles la « preuve d'un fait complexe » remplace celle d'un fait simple¹⁴⁷⁷. Un exemple typique est celui de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes : « lorsqu'un État s'oppose à la recevabilité d'une requête individuelle en soulevant l'exception de non-épuisement des voies de recours internes, il doit prouver [...] qu'il existait des recours que le plaignant n'a pas utilisés, mais également que ces derniers auraient été effectifs »¹⁴⁷⁸. Le recours à la découverte d'obligations positives par la Cour peut également modifier les règles de preuve, par un renversement en faveur du requérant, l'État devant alors prouver l'exécution de l'obligation¹⁴⁷⁹.

329. La charge de la preuve et de la démonstration de l'intérêt général pesant sur l'État. L'État étant partie au litige, le mécanisme probatoire de la Cour européenne des droits de l'homme revient à faire peser sur lui la charge de la preuve et de la démonstration de l'intérêt général. Un tel constat est logique : face au requérant qui cherche à prouver l'existence d'une violation, l'État aura le choix de démontrer, soit l'absence d'atteinte aux droits et libertés fondamentaux, soit, plus vraisemblablement, la conventionnalité d'une mesure qu'il cherchera dès lors à faire qualifier, au pire, de simple ingérence¹⁴⁸⁰ : la démonstration de l'intérêt général abstrait et la preuve de l'intérêt général concret s'intègrent dans cette démarche. C'est ainsi qu'il devra tenter de convaincre la Cour de la légitimité de l'objectif poursuivi par la mesure et

¹⁴⁷² F. Deshayes, *thèse préc.*, n° 454, p. 177 et 178, à propos de l'arrêt CEDH, 29 oct. 1992, *Open Door et al. c. Irlande*, n° 14234/88 et 14235/88.

¹⁴⁷³ F. Deshayes, *thèse préc.*, n° 455, p. 178.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, n° 456 et s., p. 178 et s.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 35 et s.

¹⁴⁷⁶ V. pour l'article 14 relatif à la non-discrimination : F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 284, p. 449 et 450.

¹⁴⁷⁷ F. Deshayes, *thèse préc.*, n° 461 et s., p. 180 et s.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, n° 461, p. 180.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, n° 473 et s., p. 184 et s.

¹⁴⁸⁰ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 308, p. 231 et 232. V. aussi B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 396, p. 232 et 233 et n° 412, p. 243.

de la proportionnalité de l'atteinte portée en son nom. Ainsi, une fois l'atteinte établie, le risque pèse sur l'État défendeur¹⁴⁸¹.

330. La marge nationale d'appréciation devant la Cour européenne des droits de l'homme : un mécanisme de présomption ? Le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck voit dans le mécanisme de la marge nationale d'appréciation le jeu d'une présomption¹⁴⁸². En effet, la présence d'une « large marge d'appréciation » peut conduire à poser une « présomption simple »¹⁴⁸³ : la Cour affirme qu'elle est toujours compétente pour contrôler la marge d'appréciation¹⁴⁸⁴. Ainsi, le fait que les autorités soient « mieux placées » pour apprécier la situation poserait une sorte de présomption, à charge pour le requérant de prouver que l'État a dépassé celle qui lui était octroyée¹⁴⁸⁵. À l'inverse, lorsque la marge nationale d'appréciation est étroite, la charge de la preuve serait inversée : ce serait alors à l'État de prouver qu'il n'a pas outrepassé les pouvoirs qui lui étaient concédés¹⁴⁸⁶. Cette pratique se manifeste notamment par le fait que, dans certains cas, la Cour considère qu'il faut respecter la décision prise par l'État « sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de toute base raisonnable »¹⁴⁸⁷. L'auteur s'appuie notamment sur l'exemple de l'arrêt *James et al. contre Royaume-Uni*, rendu le 21 février 1986 : il était question d'un grief de privation de propriété sur le fondement du premier paragraphe de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention en raison d'une loi sur les baux emphytéotiques entraînant un transfert forcé de propriété à la demande

¹⁴⁸¹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 308, p. 232.

¹⁴⁸² *Ibid.*, n° 308, p. 232 et n° 707 à 709, p. 510 ; *contra* M.-A. Eissen, « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDJ* 1986.1539, spéc. p. 1581, qui n'y voit qu'une simple « autolimitation » du juge : « il ne nous semble pas s'agir là d'une simple règle de preuve (*in dubio pro reo*), d'une sorte de "présomption d'innocence" de l'État défendeur ; nous y verrions bien davantage un espèce d'"autolimitation" judiciaire fondée sur une constatation : en contact direct et permanent avec les "avec les réalités pressantes du moment" – ou "avec les forces vives de leurs pays" – "les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer" soit "sur la présence (d'un) danger" public menaçant la vie de la nation, "comme sur la nature ou l'étendue des dérogations nécessaires pour les conjurer" (art. 15§1 de la Convention), soit "sur le contenu précis (des) exigences" de la morale dans une société démocratique "comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre" ». V. aussi : F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 5, p. 38 : « Sans paradoxe, pour que l'application de la Convention soit subsidiaire, elle doit être conçue comme préalable dans le procès civil, à l'instar du contrôle de constitutionnalité. En effet, la subsidiarité signifie précisément que l'on présume que les droits établis par la Convention sont déjà garantis par le droit interne. Ce n'est donc pas après l'application des règles de droit interne que les droits de l'homme doivent être invoqués mais bien en préalable, lorsqu'on conteste les règles instituées en tant qu'instruments de mesure des droits des particuliers ».

¹⁴⁸³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 709, p. 510.

¹⁴⁸⁴ Sur le contrôle de la marge nationale d'appréciation, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143 et s., p. 217 et s.

¹⁴⁸⁵ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 709, p. 510.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, n° 309, p. 232 ; v. également J. Kokott, *The burden of proof in comparative and international human rights law*, SSD, Kluwer Law International, 1998, p. 234, qui constate la même répartition de la charge de la preuve selon l'étendue de la marge nationale d'appréciation.

¹⁴⁸⁷ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 312, p. 233, v. CEDH, 21 févr. 1986, *James et al. c. Royaume-Uni*, n° 8793/79.

du preneur. La Cour européenne énonça dans l'arrêt sa formule désormais classique sur l'appréciation d'une atteinte au droit au respect des biens en cas de privation de propriété : « Estimant normal que le législateur dispose d'une *grande latitude* pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il conçoit les impératifs de l'«utilité publique» *sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable* »¹⁴⁸⁸. Une telle formulation ressemble en tout point à un mécanisme de présomption : la mesure est considérée comme proportionnée *sauf* s'il est démontré que la décision est « *manifestement dépourvue de base raisonnable* », l'adverbe caractéristique du contrôle restreint donnant l'impression d'une présomption encore renforcée. Les modalités du contrôle demeurent pourtant mystérieuses : l'énoncé est pour le moins obscur et ne donne que peu d'indices sur le mode d'examen ainsi que sur les éléments en jeu. Il est toutefois certain que la Cour ne se dispense jamais de contrôle : la vérification de la proportionnalité est systématique. Elle ne se contente donc pas de vérifier que la mesure dispose d'une « base raisonnable », que ce soit d'un point de vue procédural, ou sur le fond. Seule son intensité semble varier : il apparaît que le simple contrôle qui vérifie que la mesure n'est pas « manifestement dépourvue de base raisonnable » est tout au plus restreint¹⁴⁸⁹. Cette formulation est désormais classique dans la mise en œuvre de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel¹⁴⁹⁰. Ainsi, tout se passe comme si, en cas de marge d'appréciation étendue, il revenait au requérant de prouver la « non-proportionnalité » de l'ingérence¹⁴⁹¹, qui bénéficie alors d'une « présomption simple de proportionnalité »¹⁴⁹². Cependant, comme dans de nombreux domaines, la Cour revendique l'absence de tout « dogmatisme »¹⁴⁹³ dans la répartition de la charge de la preuve.

331. Présomption de régularité et intérêt général. Ainsi, considérer que l'étendue de la marge d'appréciation serait corrélée à une règle de preuve revient à dire que, plus large serait la marge, plus forte serait la présomption. Cette présomption, qui porterait en réalité sur la proportionnalité de l'ingérence, plus que sur l'intérêt général seul, devrait alors nécessairement être étendue à la démonstration de son existence, de sa légitimité et de son importance : l'État qui aurait agi dans les limites de sa marge d'appréciation serait *simplement*

¹⁴⁸⁸ CEDH, 21 févr. 1986, *James et al. c. Royaume-Uni, préc.*, §46, nous soulignons.

¹⁴⁸⁹ V. *supra*, n° 229 ; F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 36 et s. : parle du contrôle « réduit ou simplifié » ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 606, p. 921.

¹⁴⁹⁰ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France, préc.*, §75 ; CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France, préc.*, §76, 78 et 79 ; CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c. France, préc.*, §44 et 50.

¹⁴⁹¹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 309 et 310, p. 232 et 233.

¹⁴⁹² *Ibid.*, n° 312, p. 233.

¹⁴⁹³ *Ibid.*, n° 710, p. 511.

préssumé avoir agi de manière proportionnée et dans un but légitime. La Cour vérifie toujours le but poursuivi, sans que les variations d'intensité soient véritablement perceptibles¹⁴⁹⁴.

332. Intérêt général abstrait ou intérêt général concret ? La Cour européenne des droits de l'homme entretient une certaine ambiguïté quant au type de contrôle qu'elle exerce¹⁴⁹⁵. Par conséquent, nulle certitude ne peut être dégagée quant au type d'intérêt général qui doit être démontré – et prouvé – par le Gouvernement. Toutefois, pour augmenter les chances de succès de sa prétention, il aurait tout intérêt à procéder à la démonstration de l'intérêt général abstrait et à la preuve de l'intérêt général concret.

4. Pratique de la Cour de cassation

333. La question de la charge de la preuve peut être résolue avec celle du risque de la preuve : à qui profite la preuve de l'intérêt général ? Qui succombe s'il n'est pas démontré ? La réponse à cette double question tend à varier selon le type de contentieux envisagé.

334. Intérêt général abstrait, intérêt général concret et rôle des parties. En application de l'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », les parties ne devraient être chargées que de la preuve de l'intérêt général concret, l'intérêt général abstrait étant un élément de droit

¹⁴⁹⁴ On trouve pourtant des exemples de ce qui pourrait donner l'impression d'une appréciation allégée du but légitime. L'exemple ne sera pas détaillé davantage car il n'apparaît pas nécessairement concluant. Il s'agit de l'arrêt CEDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, préc., §36 : au sujet d'une atteinte supposée de l'État à l'article 10 relatif à la liberté d'expression en raison de l'interdiction de la diffusion d'un ouvrage qui aurait porté atteinte, notamment au secret médical, la Cour exerce ce qui semble être un contrôle allégé du but légitime. Elle commence en effet par établir « que les autorités judiciaires ont entendu se fonder à la fois sur deux des “buts légitimes” énumérés au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention : il s'agissait d'“empêcher la divulgation d'informations confidentielles” (celles couvertes, selon le droit national, par le secret médical), et de protéger les “droits d'autrui” (ceux du président de la République, ainsi que de sa veuve et de ses enfants, auxquels ils ont été transmis par son décès) ». Elle estime qu'en ce domaine, il ne lui revient pas de « trancher le point de savoir si la responsabilité civile née de la violation du secret médical relève dans l'abstrait du premier de ces buts légitimes, du second ou des deux à la fois », mais qu'« il lui suffit de constater qu'en l'espèce les mesures d'interdiction critiquées, en référé comme au fond, tendaient à protéger l'honneur, la réputation et l'intimité de la vie privée du président défunt, et que *l'appréciation des juridictions nationales selon lesquelles ces “droits d'autrui” se trouvaient transmis à sa famille par sa mort n'apparaît nullement déraisonnable ou arbitraire*. En outre, c'est bien parce que nombre d'informations révélées dans l'ouvrage étaient juridiquement secrètes, donc *a fortiori* confidentielles, qu'elles ont pu concrètement porter atteinte aux droits d'autrui, dont le paragraphe 2 de l'article 10 considère la protection comme légitime ». Le contrôle du but apparaît ici plus prudent, plus succinct et plus superficiel que ce qui a pu être constaté dans d'autres arrêts. Pourtant, en matière de liberté d'expression, droit particulièrement important pour la Cour européenne, en particulier en matière de liberté de la presse (§43 : « La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de “chien de garde” »). Le contrôle ne saurait en principe être restreint : « la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable ; 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” ». L'arrêt apparaît ainsi isolé et peu concluant pour corréler la marge d'appréciation et le contrôle de l'intérêt général ; seul le vocabulaire employé est ambivalent.

¹⁴⁹⁵ V. *infra*, n° 457 et s.

qu'il incombe au juge d'identifier. Toutefois en pratique, les parties procèdent dans leurs conclusions à des démonstrations de droit et la frontière est plus ténue qu'il n'y paraît¹⁴⁹⁶. La partie adverse peut être amenée à présenter des conclusions la conduisant à démontrer l'intérêt général. On en trouve des illustrations dans certains arrêts rendus devant les juges du fond, dans lesquels les parties se trouvent en position de démontrer l'intérêt général d'une loi dont l'application leur est favorable¹⁴⁹⁷. À défaut, c'est à l'avocat général que devrait revenir la tâche de « défendre » la loi, et par conséquent d'apporter les éléments de justification qui la soutiennent, en particulier son objectif d'intérêt général¹⁴⁹⁸. Par conséquent, si la démonstration de l'intérêt général abstrait peut être apportée par l'une des parties, ces dernières ne sont pas tenues de prouver l'intérêt général dans un autre objectif que celui de faire valoir leurs prétentions. Ainsi, à l'image de la « charge de la connaissance » de la loi étrangère dans un litige de droit international privé, qui « repose *in fine* sur le juge », les parties « peuvent contribuer à [son] établissement de leur propre initiative »¹⁴⁹⁹. Toutefois, cette recherche peut avoir lieu dans une logique de « collaboration » entre le juge et les parties¹⁵⁰⁰, en raison du caractère parfois « impossible ou excessivement difficile de son établissement »¹⁵⁰¹. La difficulté n'atteint sans doute pas ce niveau dans le cas de la recherche de l'intérêt général abstrait.

335. La démonstration de l'intérêt général abstrait dans le cas du filtre des questions de constitutionnalité. Dans le cas d'une question prioritaire de constitutionnalité, l'élément à trancher est apporté à l'occasion du litige mais il ne constitue pas le litige puisque la question est nécessairement abstraite. Seul l'intérêt général abstrait doit être recherché, à partir de l'objectif de la règle¹⁵⁰². C'est d'ailleurs en raison de son potentiel éloignement d'avec le litige que la question fait l'objet d'un filtrage exigeant, afin d'éviter les manœuvres purement

¹⁴⁹⁶ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 515, p. 431 et 432.

¹⁴⁹⁷ V. not. CA Aix-en-Pce, 20 sept. 2022, n° 22/01608 et CA Aix-en-Pce, 20 sept. 2022, n° 22/01610 ; Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, 19-15.783.

¹⁴⁹⁸ V. *infra*, n° 791.

¹⁴⁹⁹ B. Audit et L. d'Avout, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 351, p. 321 ; P. Rabourdin et H. Muir Watt, *Rép. dr. internat.*, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère – La charge de la connaissance de la loi étrangère », avr. 2017, n° 31 ; J.-P. Laborde et S. Cana-Chaillé de Néré, *Droit international privé*, Dalloz, coll. « Mementos », 20^e éd., 2021, p. 135 et 136. V. Com., 28 juin 2005, n° 02-14.686 : « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ».

¹⁵⁰⁰ B. Audit et L. d'Avout, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 351, p. 321.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, n° 352, p. 322.

¹⁵⁰² M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 et 38. G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace... », *art. préc.* ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 37 et 38.

dilatoires sans rapport avec la cause. Les parties ne font que poser la question, éventuellement en l'étayant. La démonstration de l'intérêt général repose alors sur le juge ou, le cas échéant, l'avocat général¹⁵⁰³.

336. La preuve et la démonstration de l'intérêt général devant la Cour de cassation dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité. Le contrôle de conventionnalité est légèrement différent du contrôle de constitutionnalité en ce que l'enjeu de la conventionnalité de la loi est beaucoup plus étroitement lié à l'issue du litige : la Cour de cassation ne peut moduler dans le temps les effets de l'inconventionnalité¹⁵⁰⁴ et avec le développement de la proportionnalité *in concreto*, le contrôle se rattache toujours davantage aux éléments du litige. Deux situations peuvent se présenter en ce qui concerne la preuve. Dans le premier cas de figure, le plus fréquent, la partie adverse de celle qui souhaite voir la loi déclarée contraire à la Convention ou, à tout le moins, inapplicable au cas d'espèce, cherche à démontrer que la loi a toute sa raison d'être, ce qui peut la conduire à démontrer sa justification d'intérêt général abstrait et à prouver l'intérêt général lié à son application concrète. Elle a dans ce cas tout intérêt à procéder à la double démonstration, afin de convaincre le juge de la pertinence de son propre intérêt dans le litige. C'est ainsi que dans un arrêt du 14 octobre 2020, attaquant une décision de cour d'appel ayant ordonné une expertise biologique pour contester une filiation établie par ailleurs au moyen d'une adoption, les moyens au pourvoi invoquèrent l'intérêt général de la loi, entendu abstraitement, comme argument pour contester les motifs de la cour d'appel : « à supposer que l'impossibilité pour une personne adoptée de faire reconnaître son lien de filiation paternelle biologique à des fins successorales constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale, cette impossibilité est prévue à l'article 370-5 du code civil et *poursuit un but légitime tendant à garantir la stabilité du lien de filiation établi par une adoption régulièrement prononcée à l'étranger*, produisant en France les effets d'une adoption plénière »¹⁵⁰⁵. La partie demanderesse au pourvoi, qui se voit victime de l'inapplication de la loi en l'espèce, se trouve ainsi en position de la défendre, en invoquant

¹⁵⁰³ V. *infra*, n° 791.

¹⁵⁰⁴ Cependant, pour des exemples récents de modulation dans le temps de l'effet de la jurisprudence, v. Civ. 1^{re}, 21 sept. 2022, n° 21-50.042 et Civ. 1^{re}, 21 sept. 2022, n° 21-50.048. Les deux arrêts contiennent la même formule : « si une jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été réalisé antérieurement à celle-ci et, le cas échéant, sur la base et sur la foi d'une jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que, en ces circonstances, le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste ». V. P. Deumier, « La modulation de la jurisprudence et la foi accordée au droit », *RTD civ.* 2023.63.

¹⁵⁰⁵ Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, 19-15.783, nous soulignons.

sa finalité d'intérêt général. L'argumentaire rattache explicitement le but légitime à la loi entendue abstraitement, bien que l'enjeu ne soit sans doute pas étranger aux intérêts concrets des parties concernées. L'intérêt général emporte en l'espèce la conviction des juges, puisque la Cour de cassation estime qu'« en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations, d'une part, que [la fille prétendue], qui connaissait ses origines personnelles, n'était pas privée d'un élément essentiel de son identité, d'autre part, que [le père prétendu], puis son héritier, [...] n'avaient jamais souhaité établir de lien, de fait ou de droit, avec elle, de sorte qu'au regard des intérêts de [l'héritier du père prétendu], de ceux de la famille adoptive *et de l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs*, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de [la fille prétendue] que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné »¹⁵⁰⁶. Dans d'autres cas de figure, nulle partie n'a particulièrement intérêt à l'application de la loi : dans ce cas, ce serait sans doute à l'avocat général que devrait revenir le soin de démontrer le bien-fondé de la loi et de proposer une résolution de la balance des intérêts¹⁵⁰⁷.

337. Les difficultés posées par les parties défendant l'intérêt général abstrait. Le contrôle de l'intérêt général revient à mettre parfois les parties en position de défendre la loi, de démontrer son bien-fondé à travers l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuit ; en somme d'effectuer une sorte de « recours dans l'intérêt de la loi »¹⁵⁰⁸. Les justiciables pourraient ainsi se trouver, de fait, transformés en « procureurs privés », chargés de défendre l'application de la loi, ce qui est en principe interdit¹⁵⁰⁹. La Cour de cassation ne semble pas donner de directive à ce sujet : le *Memento* relatif au contrôle de proportionnalité ne fait nulle mention des règles de preuve régissant le contrôle de proportionnalité.

338. Conclusion de la section. L'absence de méthode pour la détermination du contenu de l'intérêt général fait que son invocation dans les arrêts revient souvent à une simple pétition de principe, qu'il s'agisse de l'intérêt général abstrait ou de l'intérêt général concret. Certes, des traces de démonstration d'enjeux d'intérêt général sont parfois visibles dans les travaux préalables à l'arrêt, tels que les avis des avocats généraux et les rapports des conseillers rapporteurs. Ces derniers s'appuient sur différentes sources pour découvrir l'objectif poursuivi par la loi : la jurisprudence d'autres juridictions, la doctrine ou parfois même, les travaux préparatoires de la loi. Cependant, une telle démonstration n'est ni systématique, ni

¹⁵⁰⁶ Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, 19-15.783, nous soulignons.

¹⁵⁰⁷ V. *infra*, n° 791.

¹⁵⁰⁸ F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 8.

¹⁵⁰⁹ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile, op. cit.*, n° 200, p. 178.

nécessairement complète, et elle donne l'impression que l'intérêt général est un élément secondaire, voire facultatif du raisonnement, et non la limite aux droits fondamentaux autorisée par les textes. De même, les règles guidant la preuve et la démonstration de l'intérêt général ne sont pas facilement décelables. Il semble que le découpage entre l'intérêt général abstrait et l'intérêt général concret permette d'affirmer que le premier, en tant qu'élément de droit d'origine extrajuridique, se démontre et que le second, élément de fait, se prouve. En outre, l'établissement de l'intérêt général a un double objet : l'identification de l'objectif poursuivi par la règle et l'importance de ce dernier, à travers son rattachement à l'intérêt général. L'analyse semble montrer quelques indices en ce sens quant à la charge de la démonstration au sein des différentes juridictions. La transposition de la pratique du juge administratif comporte ses limites, liées à la différence entre l'acte administratif et l'acte législatif. La marge d'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme, bien que rattachable à un système de présomption, demeure un critère incertain. Le Conseil constitutionnel, en l'absence de véritable litige, semble hermétique à une véritable notion de « preuve ». La Cour de cassation, héritière de tous ces mécanismes, voit sans doute la situation varier selon que l'une des parties a intérêt à l'application de la loi : dans le premier cas, cette partie se trouve chargée de la démonstration de l'intérêt général, même abstrait, ce qui peut lui octroyer une sorte de rôle de « procureur privé »¹⁵¹⁰. Dans tous les cas, le recours à l'avocat général peut constituer une piste pour la recherche, l'identification et l'appréciation de l'objectif législatif.

339. Face à l'impossibilité de déceler une véritable méthode de détermination de l'intérêt général par la Cour de cassation, la comparaison avec d'autres juridictions peut être de nature à éclairer une méthode de détermination de l'intérêt général.

SECTION 2 : LA COMPARAISON AVEC D'AUTRES JURIDICTIONS

340. Après avoir tenté, sans véritable succès, de dévoiler la méthode de la Cour de cassation pour découvrir l'intérêt général dans son rôle de limite aux droits fondamentaux, il conviendra de s'interroger sur la pratique d'autres juridictions qui manient l'intérêt général et les droits fondamentaux¹⁵¹¹, afin de déterminer si une méthode peut être dégagée qui puisse inspirer la Cour de cassation, que ce soit parmi les juridictions nationales (§1) ou

¹⁵¹⁰ V. aussi *infra*, n° 804.

¹⁵¹¹ La comparaison a déjà été effectuée au sujet de la preuve et de la démonstration de l'intérêt général, dans une approche principalement théorique. Il s'agit ici de s'intéresser davantage au raisonnement effectué à l'heure actuelle par le juge pour son identification.

internationales (§2). Toutefois, l'analyse montre qu'aucune de ces juridictions ne donne de véritable mode d'emploi exploitable de détermination du contenu de l'intérêt général.

§1. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNES

341. Parmi les instances conduites à contrôler la conformité de la loi aux droits fondamentaux, un détour semble indispensable par la pratique des juridictions de droit public telles que le Conseil d'État (A) et le Conseil constitutionnel (B). L'approche des juges du fond en matière judiciaire peut également être intéressante pour observer si la maîtrise des faits est de nature à influencer la méthode (C).

A. La comparaison de la Cour de cassation avec le Conseil d'État

342. La place de l'intérêt général devant le Conseil d'État. Le Conseil d'État pratique les contrôles de conventionnalité et proportionnalité au même titre que la Cour de cassation, ainsi que le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées dans son ordre de juridiction. La question peut dès lors se poser de savoir si la Cour de cassation ne pourrait pas s'inspirer de la méthode de son homologue administratif pour construire l'intérêt général et découvrir son existence. Tout comme dans les travaux préparatoires des arrêts de la Cour de cassation, les conclusions des commissaires du gouvernement pour les arrêts rendus par les juridictions administratives font référence à la loi¹⁵¹² ainsi qu'à des sources jurisprudentielles¹⁵¹³ et doctrinales¹⁵¹⁴. Le Conseil d'État se trouve en effet confronté à des problématiques similaires à celles qui occupent la Cour de cassation : comme elle, il contrôle la loi au regard des droits fondamentaux, à la différence près qu'il est plus habitué à manier l'intérêt général, à travers le contentieux du recours pour excès de pouvoir qui le conduit à contrôler les actes de l'administration.

343. Comparaison du contrôle de l'intérêt général par le juge judiciaire avec l'office du juge administratif. À première vue, le contrôle de l'intérêt général par le juge judiciaire pourrait s'apparenter à celui effectué pour les actes administratifs dans le cadre du recours pour excès de pouvoir¹⁵¹⁵. Toutefois, la situation est différente : le contrôle ne s'exerce alors que sur la légalité des actes de l'administration ; le juge administratif n'est pas placé en censeur du législateur. C'est en ce sens que la mise en place du contrôle de conventionnalité et

¹⁵¹² N. Rainaud, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, préf. R. Cristini, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 181, 1996, spéc. p. 85.

¹⁵¹³ *Ibid.*, spéc. p. 93 et s.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, spéc. p. 97.

¹⁵¹⁵ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 399, p. 494 à 496 : il arrive même occasionnellement que le juge judiciaire se voie chargé du contrôle de certains actes réglementaires.

du quasi-contrôle de constitutionnalité issu de l'introduction du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité constituent de véritables nouveautés institutionnelles, même pour le Conseil d'État. En effet, le contrôle des actes administratifs par un juge institué en ce sens afin de respecter la séparation des pouvoirs¹⁵¹⁶ est très différent du contrôle de la loi par le juge.

344. L'observation de la pratique du Conseil d'État ne suffit pas à percer le secret de la détermination du contenu de l'intérêt général, et ce tant dans le cadre du contrôle de l'intérêt général en droit commun (1) que dans celui de limite aux droits fondamentaux conventionnels (2) et constitutionnels, à travers le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité (3).

1. L'intérêt général en dehors des cas d'application des droits fondamentaux

345. La construction de l'intérêt général devant le Conseil d'État : une méthode invisible. Le maniement de l'intérêt général est habituel devant le Conseil d'État. En tant que Haute juridiction administrative, il est accoutumé à l'utilisation de cette notion fondatrice du droit public ; il lui revient donc de « révéler la norme de référence cachée derrière l'indétermination de l'intérêt général »¹⁵¹⁷. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État ne semble pas révéler de méthode explicite de détermination de l'intérêt général.

346. L'intérêt général déjà déterminé par la loi. Le juge administratif peut tout d'abord identifier l'intérêt général lorsqu'il se trouve déjà déterminé par la loi : c'est notamment le cas à l'article L. 110-1, II du code de l'environnement qui dispose que « I. Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. [...] II. Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent *sont d'intérêt général* et concourent à l'objectif de développement durable »¹⁵¹⁸. Le juge n'a alors pas besoin de découvrir les objectifs d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre, puisque ces derniers sont inscrits dans la loi ; sa méthode consiste simplement à mettre en œuvre le texte.

¹⁵¹⁶ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, op. cit., n° 126, p. 163.

¹⁵¹⁷ V. Coq, *thèse préc.*, n° 418 et s., p. 196 et s.

¹⁵¹⁸ Art. L. 110-1 c. env., nous soulignons.

347. Le contenu de l'intérêt général laissé à l'appréciation du juge : une méthode indécidable de mise en œuvre du standard d'intérêt général. Il arrive aussi que le législateur laisse au juge le soin de déterminer ce qui constitue l'intérêt général. C'est ce qui résulte par exemple de l'article L. 210-1 du code de l'urbanisme qui prévoit : « Les droits de préemption institués par le présent titre sont exercés en vue de la réalisation, *dans l'intérêt général*, des actions ou opérations définies à l'article L. 300-1 »¹⁵¹⁹. Dans ce cas de figure, si des actions sont énumérées à l'article L. 300-1, c'est à l'administration, sous le contrôle du juge, de vérifier qu'elles sont menées dans le respect de l'intérêt général. Ce dernier revêt ainsi une fonction proche de celle d'un standard, que le juge est compétent pour apprécier. Dans un arrêt du 19 juillet 2010, rendu en application de l'article L. 102-1 du code de l'urbanisme qui prévoit que « l'autorité administrative compétente de l'État peut qualifier de projet *d'intérêt général* tout projet d'ouvrage, de travaux ou de protection présentant un caractère d'utilité publique [...] »¹⁵²⁰, les juges estiment que « s'agissant du classement de la zone des Blaïs, du quartier de la Veine et du quartier des Près de Réchou, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique des faits en estimant que, eu égard notamment à l'objectif de protection paysagère recherché, le relèvement de la surface minimale des terrains constructibles dans la zone des Blaïs ou l'inscription en zone ND de certaines parcelles, pourtant desservies par la voirie et proches de constructions voisines, des quartiers de la Veine et des Près de Réchou étaient compatibles avec les objectifs du PIG [projet d'intérêt général] »¹⁵²¹. Les objectifs poursuivis par l'administration, notamment la protection paysagère, pouvaient ainsi constituer des objectifs d'intérêt général. Le juge peut également désigner un objectif d'intérêt général pour qualifier une mission de service public : dans un arrêt du 22 février 2007, il considéra ainsi que « l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constitue une mission d'intérêt général »¹⁵²². Enfin, dans un arrêt du 23 mai 2011, les juges estiment, au sujet de la résiliation d'un contrat organisant la distribution d'eau sur un territoire en raison de l'instauration d'une redevance, que « la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme »¹⁵²³. Ainsi, soit que cela

¹⁵¹⁹ Art. L. 210-1 c. urb., nous soulignons.

¹⁵²⁰ Art. L. 102-1 c. urb., nous soulignons.

¹⁵²¹ CE, 2^e et 7^e ss-sect., 19 juill. 2010, n° 318465.

¹⁵²² CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541.

¹⁵²³ CE, 7^e et 2^e sect., 23 mai 2005, n° 328525.

relève de l'évidence, soit que cela procède d'une technique implicite dans les arrêts, le Conseil d'État ne livre pas sa méthode de détermination de l'intérêt général et se contente de ce qui semble être un ensemble de pétitions de principe pour affirmer l'existence d'enjeux d'intérêt général.

348. La réserve d'intérêt général devant le Conseil d'État. L'étude de l'intérêt général en tant que réserve devant le Conseil d'État¹⁵²⁴ ne semble pas permettre de tirer davantage d'enseignements. Devant le juge administratif, l'expression a un rôle technique très précis : il s'agit du cas dans lequel la loi imposerait une solution qui est finalement écartée en raison de l'intérêt général¹⁵²⁵. La réserve d'intérêt général constitue une sorte de pouvoir modérateur du juge, une limite à la légalité automatique, un « amortisseur de la chose jugée au profit de l'administration »¹⁵²⁶. Dans un arrêt du 29 janvier 2013, le Conseil d'État estima que « lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, *les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général* »¹⁵²⁷. Le raisonnement semble similaire à celui adopté par l'article 1221 du code civil, en matière d'exécution forcée, qui dispose : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une *disproportion manifeste* entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier »¹⁵²⁸. Ainsi, l'exécution forcée, qui peut

¹⁵²⁴ Sur le cas particulier de la dérogation qui est « la prise en charge par la règle de droit de sa propre violation », v. A. Rouyère, *Recherches sur la dérogation en droit public*, thèse microforme Lille, 1993, 1^{re} page de l'intro.

¹⁵²⁵ J.-B. Auby, « À propos des réserves d'intérêt général », *Dr. adm.* 2003.6.

¹⁵²⁶ *Ibid.*

¹⁵²⁷ CE, sect., 29 janv. 2013, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, n° 245239, *Rec. CE* 21, v. F. Brenet, « Les réserves d'intérêt général », in *Le droit administratif : permanences et convergences – Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 139 et s., n° 25, p. 152 (nous soulignons).

¹⁵²⁸ Nous soulignons. Sur ce point, v. M. Cormier, *thèse préc.*

consister en une démolition par exemple, n'aura pas lieu si elle se révèle manifestement disproportionnée¹⁵²⁹.

349. Comparaison de la réserve d'intérêt général avec la situation des droits fondamentaux. À la différence de la Cour de cassation, pour qui la réserve d'intérêt général sert le plus souvent à protéger la loi, le Conseil d'État l'utilise davantage comme une entorse à la stricte légalité. Le mécanisme est pourtant comparable à celui qui est employé face aux droits fondamentaux, les rôles sont simplement joués différemment par les normes : l'intérêt général intervient, non pas comme le protecteur, mais comme le modérateur de la loi¹⁵³⁰. D'ailleurs, les débats sur le rôle du juge ont les mêmes enjeux que dans le cas du conflit entre l'intérêt général et les droits fondamentaux ; la modération de la règle par le juge interroge sur sa compétence¹⁵³¹. L'analyse de la réserve d'intérêt général n'apporte toutefois pas d'éléments quant à la méthode de détermination du contenu de la notion.

350. Une méthode incertaine. Les commissaires du gouvernement et les juges eux-mêmes ne semblent pas avoir de certitude quant à la méthode de détermination de l'intérêt général¹⁵³². Son « existence » doit être « vérifiée » par le juge et « la tâche est loin d'être aisée »¹⁵³³, tant son contenu apparaît « indéfinissable »¹⁵³⁴ et issu d'une « pure construction idéologique »¹⁵³⁵. Le juge se réfère en premier lieu à la loi, compétente pour la détermination de l'intérêt général¹⁵³⁶, et qui doit guider sa découverte, « nécessairement contingente » puisqu'inscrite dans un cas d'espèce¹⁵³⁷. Ainsi, soit l'intérêt général est décelé par le juge dans

¹⁵²⁹ Sur ce point, v. M. Cormier, *thèse préc.*

¹⁵³⁰ J.-B. Auby, « À propos des réserves d'intérêt général », *art. préc.* : « L'intérêt général intervient ici et là pour balancer, corriger les effets de la règle commune au profit de la puissance publique. Tout nous dit que cela est de l'ordre de l'indispensable. Pas seulement notre droit administratif, mais aussi, par exemple : la Convention européenne lorsqu'elle permet de restreindre les droits qu'elle proclame en raison de nécessités diverses d'ordre public, le droit communautaire lorsqu'il admet des atténuations aux grandes libertés au nom de l'ordre public, de la santé publique ».

¹⁵³¹ *Ibid.* : « Le problème est que le principe – inhérent à l'État de droit – qui impose de tirer les conséquences des décisions juridictionnelles n'appartient pas au juge, et qu'il n'appartient donc pas à lui de lui fixer des limites. Spécialement lorsque sont en cause des droits fondamentaux – comme le droit de propriété, en scène dans les deux affaires d'où nous sommes partis. Spécialement dans ce cas, en effet, il faut sans doute considérer que seule la loi – ou la Constitution, ou une norme internationale – est susceptible de dire que la chose jugée peut céder devant telle ou telle considération d'intérêt général ».

¹⁵³² *Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 305.

¹⁵³³ *Ibid.*, p. 306.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, p. 305, cite le Doyen Vedel.

¹⁵³⁵ *Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 305, v. J. Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », *art. préc.*, spéc. p. 13.

¹⁵³⁶ *Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 306 : « En vertu des principes qui gouvernent le fonctionnement de nos institutions politiques, seul le législateur dispose de la légitimité nécessaire pour formuler les finalités d'intérêt général. L'administration n'est compétente que pour mettre en œuvre ces orientations ».

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 307 : « Les définitions particulières que donne le juge de l'intérêt général sont nécessairement contingentes puisqu'il appartient au législateur et non au juge de déterminer l'intérêt général, et que le juge se contente seulement de vérifier que l'administration agit conformément aux buts généraux que lui assigne le droit

le texte, soit il en découvre l'existence implicite¹⁵³⁸ ; toutefois, aucune méthode déterminée ne transparaît car l'« intérêt général ne se prête pas à de grandes constructions théoriques » et les sources potentielles sont multiples¹⁵³⁹. La loi ne donne pas au juge de méthode pour déterminer l'intérêt général : « l'intérêt général n'est nulle part défini » et « aucun texte constitutionnel, aucun texte législatif n'en donne une définition globale ou un catalogue »¹⁵⁴⁰. Sa détermination se fait donc à travers le principe du contradictoire¹⁵⁴¹. En outre, la présence de l'intérêt général est parfois implicite dans les arrêts du Conseil d'État¹⁵⁴².

351. Le contrôle plus que la découverte. Si l'intérêt général peut faire l'objet d'une découverte par le juge¹⁵⁴³ ou être déduit du contexte¹⁵⁴⁴, il est plus souvent soumis à son simple contrôle¹⁵⁴⁵ : le Conseil d'État se contente généralement d'examiner l'intérêt général invoqué par l'administration, plutôt que de le rechercher lui-même¹⁵⁴⁶. Ce contrôle dépend des circonstances juridiques : selon le professeur Didier Truchet, trois situations sont possibles :

positif. L'intérêt général, tel que le désigne le juge dans les décisions analysées ci-dessus, est donc toujours relatif aux finalités de l'action publique ».

¹⁵³⁸ *Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 306.

¹⁵³⁹ *Ibid.*, p. 306.

¹⁵⁴⁰ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 264.

¹⁵⁴¹ D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 20 : « L'aspect procédural est ici très important. Lorsque l'État détermine l'intérêt général qu'il entend poursuivre, il est parfois tenu de suivre une procédure stricte, d'enquête ou de débat publics qui permet de confronter les différentes visions que l'on peut avoir de l'intérêt général. Devant le juge, le débat contradictoire remplit la même fonction ».

¹⁵⁴² *Conseil d'État – L'intérêt général, op. cit.*, p. 308.

¹⁵⁴³ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 124 : « Même lorsqu'un texte n'emploie pas le mot intérêt général, il arrive au juge d'en soumettre l'application à une condition d'intérêt général. Cette technique d'interprétation lui permet de faire de l'intention du législateur une norme juridique positive. Le juge ne la crée pas, à proprement parler : il la dégage du texte ; ce faisant, il pose une règle nouvelle par rapport au texte lui-même, dont il précise les termes pour permettre et imposer à l'administration de poursuivre effectivement le but visé par le législateur ».

¹⁵⁴⁴ G. Pellissier, *thèse préc.*, p. 238 : « toutes les manifestations de l'intérêt général sont situées dans un contexte juridique qui leur confère des traits propres auxquels il est possible de confronter les actes administratifs qui le revendiquent ».

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 104.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 100 : « L'interprétation de l'intérêt général ne requiert pas les mêmes méthodes selon qu'il s'agit d'un standard textuel, ou de l'expression de la finalité générale de l'action publique. Dans le premier cas, l'intérêt général est le vecteur, bien qu'imprécis, de la volonté du législateur qu'il appartient au juge administratif de faire respecter. L'opération d'interprétation à laquelle il se livre consiste à percer les intentions du législateur ; il y parvient au vu des débats parlementaires, mais aussi en considérant l'objet de la loi. La détermination de l'intérêt général dans le cadre concret de l'exercice d'un certain pouvoir de l'administration est par conséquent effectuée par référence à l'objet et aux objectifs de la loi. Lorsqu'aucune condition ne régit l'usage du pouvoir exercé, en l'absence de standard textuel, l'intérêt général constitue la seule limite à l'usage de la puissance publique. Le juge ne cherche pas à imposer une conception particulière des objectifs à atteindre ; il vérifie seulement que l'administration ne poursuit pas d'intérêt exclusivement privé. La généralité de cette obligation explique que sa sanction, le détournement de pouvoir, se rencontre moins fréquemment que les autres moyens d'annulation » ; v. aussi p. 236 et 237 : « L'intérêt général constitue, en matière économique comme dans les autres domaines du droit administratif, la finalité de l'action administrative. Sa détermination résulte de plusieurs paramètres : positivement, son contenu est défini par référence à son domaine d'application, puis plus précisément par rapport à l'objet même de la mesure concernée. Négativement, il s'exprime par opposition à l'intérêt privé ».

soit l'intérêt général est « exigé par les textes »¹⁵⁴⁷, soit il l'est par la jurisprudence sur la base d'un texte¹⁵⁴⁸, soit il n'est pas explicitement exigé¹⁵⁴⁹.

352. Les pistes de découvertes de l'intérêt général. Non seulement la méthode de détermination de l'intérêt général n'est pas prévue par la loi, mais il n'existe pas de source officielle et obligatoire du contenu de l'intérêt général. Le professeur Didier Truchet isole deux sources principales de l'intérêt général pour le juge : la « politique des pouvoirs publics »¹⁵⁵⁰ et « la nature des choses » ou les « besoins de la population »¹⁵⁵¹. Le juge ne précise pas forcément le recours à ces sources¹⁵⁵² qui comprennent une part de « subjectivité »¹⁵⁵³. Il se réfère parfois à « l'évidence »¹⁵⁵⁴, ce qui montre l'aisance avec laquelle il manie l'intérêt général et en dévoile le contenu de manière presque intuitive. Quoi qu'il en soit, le juge ne doit pas « inventer » l'intérêt général, mais le mettre en lumière : il « ne crée pas l'intérêt général » mais « s'inspire des sources extérieures, dont il se veut, et se fait, l'interprète »¹⁵⁵⁵. Cependant, une forme de subjectivité peut s'exprimer dans le raisonnement, ne serait-ce qu'à travers le « choix des sources »¹⁵⁵⁶. La pratique comprend ainsi une part de souplesse¹⁵⁵⁷.

353. Le juge administratif semble avoir « l'intuition » de l'intérêt général, sans nécessairement justifier son origine, à la manière de la mise en œuvre d'un standard. En outre, la situation de l'administration édictant des actes devant poursuivre l'intérêt général est distincte de celle du législateur. L'entité administrative est en effet limitée par la loi et par sa mission. Le législateur, mû par la nécessité et des considérations politiques, ne voit sa

¹⁵⁴⁷ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 112.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 124.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 124 et 129.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 265 : « Cette source d'intérêt général est une source subjective, non seulement parce qu'elle est recueillie, exploitée par le juge qui ne peut totalement faire abstraction de ses conceptions personnelles, mais surtout parce qu'il suit la *volonté*, l'*intention* des pouvoirs publics telles qu'elles s'expriment dans la politique qu'ils mènent » (p. 266).

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 267.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 266 et 267.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 266.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 268.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 270. Pour la comparaison avec le juge judiciaire et l'ordre public, v. *infra*, n° 526 et s.

¹⁵⁵⁶ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 271 : « Le juge n'est pas toujours neutre, lorsqu'il recueille l'intérêt général. [...] Le choix des sources n'est pas indifférent : dans une large mesure, le juge en est le maître ». Pour autant, le juge ne fait pas nécessairement triompher sa vision, à l'exception peut-être des questions morales : D. Truchet, *thèse préc.*, p. 274 : « Lorsqu'il définit l'intérêt général, le juge le fait-il en fonction des valeurs qui lui sont propres ? S'inspire-t-il d'une doctrine cohérente et différente de celle qui résulte des deux sources [...] évoquées ? Il ne le semble pas. La neutralité du juge administratif à l'égard de la politique des pouvoirs publics ou des exigences de la nature des choses paraît grande. [...] Sauf sur un point : celui de la moralité ».

¹⁵⁵⁷ *Ibid.* : « La source "nature des choses" permet au juge de faire évoluer le droit, d'y intégrer plus de réalisme là où cela paraît nécessaire et, de plus en plus, de prendre en considération les mouvements de l'opinion publique ».

compétence limitée que par des textes lui laissant une certaine marge d'appréciation, tels que la Constitution et les conventions internationales.

2. L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux devant le Conseil d'État

354. Le contrôle de conventionnalité et de proportionnalité par le Conseil d'État : peu de prise en compte de l'intérêt général dans un premier temps. Tout comme la Cour de cassation, le Conseil d'État procède au contrôle de conventionnalité de la loi, c'est-à-dire à la vérification de sa compatibilité avec les traités internationaux et en particulier ceux relatifs aux droits fondamentaux. Il est dès lors possible de s'interroger sur la manière dont le Conseil d'État se réfère à l'intérêt général dans ces situations. Dans un arrêt du 12 novembre 2015, la compatibilité de l'anonymat des donneurs de gamètes était contestée au regard des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : la requérante souhaitait en effet connaître l'identité du donneur à l'origine de sa propre conception. Le Conseil d'État fit dans cet arrêt plusieurs références plus ou moins explicites à l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi. Il rappelle tout d'abord les cas dans lesquels un médecin peut avoir accès à certaines informations pour des raisons de santé : « en définissant, aux articles L. 1244-6 et L. 1131-1-2 du code de la santé publique, l'accès aux données non identifiantes, *le législateur a entendu assurer la protection de la santé des personnes issues d'un don de gamètes, tout en garantissant le respect des droits et libertés d'autrui* »¹⁵⁵⁸. Puis, il expose les raisons du maintien de l'anonymat des donneurs : « s'agissant des données identifiantes, la règle de l'anonymat répond à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur et de sa famille » par conséquent, « en écartant, lors de l'adoption de la loi du 7 juillet 2011, toute modification de la règle de l'anonymat, le législateur s'est fondé sur *plusieurs considérations d'intérêt général*, 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 »¹⁵⁵⁹. Et de conclure au juste équilibre du mécanisme¹⁵⁶⁰. Ainsi, l'intérêt général occupe une place importante dans la décision prise par

¹⁵⁵⁸ CE, 9^e et 10^e ss-sect., 12 nov. 2015, n° 372121, §5, nous soulignons.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, §6, nous soulignons.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, §7 : « en interdisant ainsi [...] la divulgation d'informations sur les données personnelles d'un donneur de gamètes, le législateur a établi un juste équilibre entre les intérêts en présence ; que, dès lors, cette interdiction n'est pas incompatible avec les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

les juges. Toutefois, il est invoqué sans faire l'objet d'une démonstration et sans que soit explicitée la source d'où il est tiré.

355. Le contrôle de proportionnalité *in concreto* devant le Conseil d'État : une faible prise en compte initiale de l'intérêt général. À l'image de l'arrêt du 4 décembre 2013, par lequel la Cour de cassation introduisit la possibilité de contrôler la proportionnalité d'une atteinte aux droits fondamentaux *in concreto* malgré la compatibilité de cette loi *in abstracto* avec la Convention, le Conseil d'État rendit, le 31 mai 2016, un arrêt souvent présenté comme inaugurant ce contrôle¹⁵⁶¹. Il s'agissait en l'espèce d'une demande d'insémination artificielle émanant d'une femme, après le décès de son époux, dont les gamètes avaient été préalablement recueillis. La procédure devait avoir lieu en Espagne : la pratique étant interdite en France, le transfert des gamètes hors du territoire avait été refusé par l'organisme qui les conservait. Le Conseil d'État commença par rappeler la loi et démontrer sa compatibilité abstraite avec la Convention européenne et des droits de l'homme et plus particulièrement son article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale. Puis, il ajouta une phrase inaugurale du contrôle *in concreto* : « Toutefois, la *compatibilité de la loi* avec les stipulations de la

¹⁵⁶¹ Pour une nuance de cette nouveauté, v. M. Guyomar, « Le 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 de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 323 et s. V. aussi : X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. préc.* : dans un arrêt CE, 10 nov. 2011, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes*, n° 314449, le Conseil d'État s'abstint de remettre en cause par le contrôle de conventionnalité une loi de validation empêchant l'annulation d'un contrat entre une commune et une société, tout en refusant son application au cas d'espèce sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Rappelant le motif d'intérêt général de continuité des services publics, tout en précisant que ce motif n'était pas invocable en l'espèce puisque le contrat avait été résilié plusieurs années avant la loi de validation, il écarta l'application de la loi en l'espèce, sans la remettre en cause abstraitement au regard des droits fondamentaux. Une telle pratique avait également été occasionnellement employée en matière de contentieux des étrangers au regard de l'article 8 de la Convention : A. Bretonneau, concl. sur CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, p. 7, signale notamment l'arrêt CE, ass., 19 avr. 1991, *Belgacem et M^{me} Babas*, n° 117680 et n° 107470. V. aussi X. Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 28 déc. 2017, *Molénat*) », *RDLF* 2018.4 : cependant, le contrôle *in concreto* devant le Conseil d'État n'est pas systématique, il le refusa par exemple dans un arrêt du 28 décembre 2017, toujours relatif à l'anonymat d'un donneur de gamètes (CE, 9^e et 10^e ch. r., 28 déc. 2017, n° 396571, §6), en raison de l'intérêt général : « *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*. 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. Il en résulte que le moyen tiré de ce que les refus litigieux portaient, dans les circonstances particulières de l'espèce, une *atteinte excessive* aux droits [du requérant] protégés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales *était inopérant* et que, en s'abstenant d'y répondre, le tribunal administratif, qui n'a pas méconnu son office, n'a pas entaché son jugement d'erreur de droit » (nous soulignons). Sur cette décision, v. A.-M. Leroyer, « L'anonymat du donneur de gamètes devant le Conseil d'État : *bis repetita* », *RTD civ.* 2018.86.

Convention européenne [...] *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 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 »¹⁵⁶². L'intérêt général ne semble pas prendre part à la décision : le Conseil d'État se contente de constater que le procédé n'est pas frauduleux, que l'épouse avait de toute façon l'intention d'aller s'installer en Espagne et que par conséquent, le refus porterait une atteinte disproportionnée à son droit à la vie privée et familiale. Cette réserve ne manqua pas d'étonner : « dans l'arrêt *Gomez*, bien que le Conseil d'État ait indiqué avoir opéré une pesée entre l'intérêt, ou le "droit", de la requérante, et l'intérêt général justifiant l'interdiction absolue de l'insémination *post mortem*, *l'intérêt collectif semble singulièrement absent* [...] » et finalement « l'arrêt semble prendre franchement le contrepied des buts que le législateur poursuivait en interdisant absolument l'insémination *post mortem* et l'exportation de gamètes dans des conditions contraires à l'ordre public français »¹⁵⁶³. Pourtant, les conclusions du rapporteur public énoncent les motifs de l'interdiction sur le fondement des travaux préparatoires de la loi bioéthique : « le risque [...] pour le développement psychologique de l'enfant [...] ; les difficultés [...] pour la mère [...] ; l'effet perturbateur [...] en matière de succession et de filiation »¹⁵⁶⁴ ; aucun de ces éléments n'apparaît dans l'arrêt¹⁵⁶⁵. Leur omission est de nature à surprendre au moins autant – si ce n'est davantage – que devant la Cour de cassation : l'« ignorance des buts poursuivis par le législateur rompt avec la prudence qui semblait prévaloir jusqu'alors quand il était confronté à des sujets de société sensibles, ce qui le conduisait à respecter scrupuleusement les choix politiques des gouvernants »¹⁵⁶⁶.

356. La découverte de l'intérêt général dans le contrôle de conventionnalité par la référence aux travaux préparatoires. Il semble aujourd'hui que le Conseil d'État se dirige vers une forme plus détectable de détermination du contenu de l'intérêt général. Ainsi, dans un arrêt du 17 avril 2019, il fait explicitement référence aux travaux préparatoires de la loi pour dégager les objectifs poursuivis par le législateur : « Il résulte des dispositions de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, citées au point 2, *éclairées par les travaux*

¹⁵⁶² CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, §9, nous soulignons.

¹⁵⁶³ L. Weymuller, *Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité*, dir. B. Plessix, mémoire M2 dactyl., 2016-2017, p. 117, nous soulignons.

¹⁵⁶⁴ A. Bretonneau, concl. sur CE, Ass., 31 mai 2016, *préc.*, p. 7, v. L. Weymuller, *mémoire préc.*, p. 118.

¹⁵⁶⁵ L. Weymuller, *mémoire préc.*, p. 118.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 119.

préparatoires de la loi du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal dont elles sont issues, que le législateur a subordonné, *pour des motifs d'intérêt général*, le recours à une technique d'assistance médicale à la procréation à la condition que la femme et l'homme formant le couple soient en âge de procréer. En ce qui concerne l'homme du couple, la condition relative à l'âge de procréer, qui revêt, *pour le législateur*, une dimension à la fois biologique et sociale, est justifiée par des considérations tenant à l'intérêt de l'enfant, à l'efficacité des techniques mises en œuvre et aux limites dans lesquelles la solidarité nationale doit prendre en charge le traitement médical de l'infertilité »¹⁵⁶⁷. Il s'agissait du cas d'un refus d'assistance médicale à la procréation en raison de l'âge trop avancé de l'un des membres du couple, la loi exigeant que les deux membres du couple soient « en âge de procréer ». Malgré les critiques que cette décision suscita¹⁵⁶⁸, on peut se féliciter de l'application avec laquelle le Conseil d'État énonce les buts d'intérêt général poursuivis par la loi et ce en se référant à ses travaux préparatoires.

357. Le Conseil d'État se réfère ainsi parfois aux travaux préparatoires des textes, afin de déterminer l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux.

3. L'intérêt général dans le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État

358. L'intérêt général dans les questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil d'État. Dans les décisions de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité du Conseil d'État, la référence à l'intérêt général n'est pas systématique¹⁵⁶⁹. Il est par exemple souvent cité dans l'énoncé du principe d'égalité, mais sans mise en œuvre explicite¹⁵⁷⁰. Il en va de même pour la liberté d'entreprendre¹⁵⁷¹ ou encore le droit de propriété¹⁵⁷². Le Conseil d'État

¹⁵⁶⁷ CE, 17 avr. 2019, n° 420468, §4, nous soulignons.

¹⁵⁶⁸ V. not. C. Roulhac, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* de la loi : nouvelles applications, nouvelles interrogations », *RDLF* 2019.51.

¹⁵⁶⁹ Par ex. CE, 11 oct. 2022, n° 465799 (refus) ; CE, 29 nov. 2022, n° 464528 (transmission).

¹⁵⁷⁰ CE, 19 juill. 2016, n° 400519 ; CE, 26 juill. 2011, n° 349043 ; CE, 24 janv. 2014, n° 366733 ; CE, 21 févr. 2023, n° 465473.

¹⁵⁷¹ CE, 26 avr. 2023, n° 465266 : « Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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 par rapport à l'objectif poursuivi » (§6) ; « le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général contribuant à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement » (§8) ; ou encore « si le législateur peut, sur le fondement de ces dispositions, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général » (§12) ; ainsi qu'une référence au principe d'égalité (§10).

¹⁵⁷² CE, 23 mars 2016, n° 392638, §3 : « Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des dispositions en litige de l'article L. 111-6 du code de l'urbanisme que le maire peut s'opposer, dans le cadre de ses pouvoirs de police

utilise occasionnellement des critères de classification de l'intérêt général conformes à la pratique du Conseil constitutionnel¹⁵⁷³. Toutefois, la justification de l'identification de l'objectif n'est pas plus transparente que dans les autres contentieux. D'une manière générale, les auteurs constatent qu'il existe une différence quantitative de motivation entre les décisions de renvoi et de non-renvoi devant le Conseil d'État, plus que devant la Cour de cassation : le Conseil d'État a davantage de souci de motiver le refus, tout en laissant le Conseil constitutionnel exercer sa compétence en cas de renvoi¹⁵⁷⁴. Cependant, comme devant la Cour de cassation, les refus de transmission ne sont pas systématiquement fondés sur l'intérêt général¹⁵⁷⁵. Si le Conseil d'État semble légèrement plus attentif que la Cour de cassation à l'intérêt général, la comparaison entre les deux pratiques demeure « hasardeuse »¹⁵⁷⁶. Selon la professeure Agnès Roblot-Troizier, les pratiques respectives du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans le filtrage de la question prioritaire de constitutionnalité sont les reflets de leur positionnement jurisprudentiel distinct : la Cour de cassation serait « trop éloignée de la chose constitutionnelle »¹⁵⁷⁷, le Conseil d'État serait quant à lui trop proche, et aurait tendance à « calquer » sa pratique sur les méthodes du recours pour excès de pouvoir¹⁵⁷⁸. Quoi qu'il en soit, la pratique administrative du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité ne semble pas de nature à éclairer la méthode d'identification de l'intérêt général.

spéciale, et alors même que l'infraction pénale constituée par la construction sans autorisation serait prescrite, à un raccordement définitif aux réseaux publics des bâtiments, locaux ou installations dont la construction ou la transformation n'a pas été régulièrement autorisée ou agréée selon la législation en vigueur à la date de leur édification ou de leur transformation, ni régularisée depuis lors ; qu'eu égard au motif d'intérêt général poursuivi par cette interdiction de raccordement aux réseaux, qui consiste à assurer le respect des règles d'utilisation des sols en faisant obstacle à ce que le raccordement de propriétés aux réseaux aboutisse à conforter des situations irrégulières, et alors même qu'elle s'applique à tous les bâtiments, locaux et installations irrégulièrement construits ou transformés, quels que soient la date de leur édification, leur destination ou leur usage et que le législateur n'a prévu aucune prescription, les dispositions de l'article L. 111-6 du code de l'urbanisme ne soulèvent aucune question sérieuse au regard du droit de propriété garanti par la Constitution ».

¹⁵⁷³ CE, 26 avr. 2023, n° 465266, §8 : « le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général contribuant à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement ».

¹⁵⁷⁴ A. Roblot-Troizier, « Les disparités de filtrage de QPC entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », in *La QPC : une révolution inachevée ?*, J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2016, p. 67 et s., spéc. p. 70.

¹⁵⁷⁵ En matière de liberté contractuelle : CE, 27 avr. 2023, n° 468822 : « Ainsi, les dispositions contestées, dont il était loisible au législateur de limiter l'application au baux ruraux sans porter atteinte au principe d'égalité devant la loi, ne font pas obstacle au renouvellement des baux ruraux en cours et ne placent pas les preneurs de ces baux dans une situation d'incertitude juridique, pas plus qu'elles ne portent une atteinte inconstitutionnelle au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre, à la liberté contractuelle ou au respect dû aux conventions légalement formées » (§9).

¹⁵⁷⁶ A. Roblot-Troizier, « Les disparités de filtrage de QPC... », *art. préc.*, spéc. p. 77.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, spéc. p. 80.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, spéc. p. 82.

B. La comparaison de la Cour de cassation avec le Conseil constitutionnel

359. La recherche de l'intérêt général dans la loi. Dans la découverte de l'intérêt général, le Conseil constitutionnel s'attache à rechercher les « objectifs que le législateur a poursuivis »¹⁵⁷⁹. Cette recherche s'effectue tout d'abord dans le texte de loi, puisqu'il arrive que la loi elle-même énonce l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuit¹⁵⁸⁰. La découverte de l'intérêt général permettra, le cas échéant, de le qualifier ou de le rattacher à une catégorie d'enjeux plus large à laquelle il se rapporte.

360. La référence aux travaux parlementaires pour la découverte de l'intérêt général. En dehors du cas du recours en vue d'une interprétation¹⁵⁸¹, le Conseil constitutionnel se réfère occasionnellement aux travaux préparatoires de la loi pour déterminer les enjeux d'intérêt général qu'elle poursuit¹⁵⁸². Ainsi, dans une décision du 20 juillet 2000, relative à des règles d'interdiction de chasser certains jours de la semaine, le Conseil censura aux motifs que : « ni les termes de la disposition critiquée, ni *les débats parlementaires ne précisent les motifs d'intérêt général* justifiant une telle prohibition » ne sont « de nature à porter au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution »¹⁵⁸³. On peut également citer l'exemple de la décision du 20 mars 1997 dans laquelle il affirme qu'« il résulte *des travaux préparatoires de la loi* que le législateur a entendu favoriser la constitution d'une épargne retraite par les citoyens français résidant hors de France, quelle que soit leur situation professionnelle, afin d'encourager la mobilité géographique et d'assurer une meilleure protection sociale des Français travaillant à l'étranger ; que l'article 2 répond dès lors à un *but d'intérêt général* »¹⁵⁸⁴. Toutefois, la référence aux travaux préparatoires de la loi est loin d'être systématique dans la pratique du Conseil constitutionnel en ce qui concerne la découverte de l'intérêt général¹⁵⁸⁵.

361. Une référence seulement occasionnelle. Une recherche sur le site du Conseil constitutionnel montre que seule une fraction des décisions contient une référence à l'expression « travaux préparatoires » ou à ses locutions voisines. La recherche de l'intérêt général par le Conseil constitutionnel est ainsi souvent effectuée sans référence à l'examen des

¹⁵⁷⁹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 193.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 194 ; v. également le dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, RRJ 1984, n° 4 et not. J.-Y. Chérot, « Les formulations d'objectifs... », *art. préc.*, p. 898 et 899.

¹⁵⁸¹ N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 469 et s., p. 369 et s. ; P. Josse, *Le rôle de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. P. Avril, LGDJ, 1998, n° 26, p. 75 et n° 27, p. 78.

¹⁵⁸² N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 475, p. 377 : critique le fait qu'un tel recours aux travaux parlementaires conduit à « élargi[r] la notion de loi » ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 197.

¹⁵⁸³ Cons. const., 20 juill. 2000, n° 2000-434 DC, cons. 31.

¹⁵⁸⁴ Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, cons. 34, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 197.

¹⁵⁸⁵ N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 475, p. 376 : dénonçait déjà le « manque de rigueur » du Conseil constitutionnel dans « l'utilisation des travaux parlementaires ».

documents annexes de la loi. Par exemple, dans la décision relative à la contestation par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité de la conformité de l'attribution en propriété d'un bien à titre de prestation compensatoire sur le fondement de l'article 274 du code civil, le Conseil énonça qu'« en permettant l'attribution forcée prévue par le 2° de l'article 274, le *législateur a entendu* faciliter la constitution d'un capital, afin de régler les effets pécuniaires du divorce au moment de son prononcé ; que le législateur a également entendu assurer le versement de la prestation compensatoire ; que l'objectif poursuivi de garantir la protection du conjoint dont la situation économique est la moins favorisée et de limiter, autant que possible, les difficultés et les contentieux postérieurs au prononcé du divorce constitue un *motif d'intérêt général* »¹⁵⁸⁶. Nulle référence n'est faite aux travaux préparatoires dans la détermination de l'intérêt général.

362. Ici encore, la recherche de l'intérêt général gagnerait à s'enrichir et à devenir plus méthodique, d'autant que le Conseil constitutionnel semble bien souvent énoncer l'intérêt général comme une pétition de principe dans ses décisions.

C. La comparaison de la Cour de cassation avec les juges judiciaires du fond

363. En dernier lieu, il peut être intéressant de tenter de déceler la méthode de détermination de l'intérêt général, abstrait et concret, par les juges du fond, dans le cadre du filtrage des questions de constitutionnalité (1) ou du contrôle de conventionnalité (2). Toutefois, ici encore, la méthode apparaît, au mieux obscure, au pire inexistante.

1. Le filtrage par les juges du fond des questions prioritaires de constitutionnalité

364. Comme devant la Cour de cassation, un recours rare à la notion d'intérêt général. Comme la Cour de cassation, il semble que le maniement de l'intérêt général soit rare devant les juges du fond, y compris en cas de décision relative à une question prioritaire de constitutionnalité. Il arrive ainsi que les juges se contentent de constater que « la question posée n'est pas dépourvue de caractère sérieux »¹⁵⁸⁷, avant de renvoyer à la Cour de cassation sans justifier davantage.

365. Un recours aux moyens produits dans la détermination de l'intérêt général. Certains arrêts peuvent toutefois donner des indices sur la méthode de détermination de l'intérêt général, qui peut être démontré par les parties dans les arguments qu'elles produisent devant le

¹⁵⁸⁶ Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC, cons. 6.

¹⁵⁸⁷ CA Toulouse, ch. 2, sect. 2, 10 juill. 2012, n° 12/02989 ; CA Toulouse, ch. 2, sect. 2, 10 juill. 2012, n° 12/02987 ; CA Toulouse, ch. 2, sect. 2, 10 juill. 2012, n° 12/02986 ; CA Toulouse, ch. 2, sect. 2, 10 juill. 2012, n° 12/02985 ; CA Toulouse, ch. 2, sect. 2, 10 juill. 2012, n° 12/02988.

juge. Un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 20 septembre 2022 en fournit une illustration. Une banque, dans un litige qui l'opposait à l'administration des douanes, souhaitait contester devant le Conseil constitutionnel la validité des anciennes dispositions de l'article 238 du code des douanes relatives à une taxe liée à un droit de passeport « à la charge du propriétaire ou de l'utilisateur français d'un navire de plaisance ou de sport battant pavillon étranger » comme portant atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques. La banque fit valoir au soutien de sa question « l'objectif du droit de passeport »¹⁵⁸⁸. L'administration des douanes rétorqua qu'un plafond avait à ce sujet été mis en place puis supprimé pour des raisons tirées de « l'étude des travaux parlementaires » de la loi ayant modifié l'article 238, qui montrent « que la cause en est la volonté du législateur d'instaurer un traitement fiscal de faveur et confirme l'objectif de stimulation économique de ce secteur d'activité »¹⁵⁸⁹. Ainsi, les parties invoquent chacune un objectif d'intérêt général différent, fondé sur l'esprit de la règle et les travaux préparatoires. Sans se prononcer, les juges refusent la transmission à la Cour de cassation¹⁵⁹⁰. L'analyse des décisions des juges du fond révèle donc que la détermination de l'intérêt général peut venir des parties elles-mêmes¹⁵⁹¹, qui se réfèrent aux travaux parlementaires.

366. La mise en œuvre d'un raisonnement pour la détermination du contenu de l'intérêt général dans un cas de refus de transmission. Il arrive toutefois que les juges du fond exposent un véritable raisonnement pour la détermination du contenu de l'intérêt général. Dans un arrêt du 19 octobre 2016, rendu par la cour d'appel de Paris opposant la Ville à un enfant adultérin privé de l'application de la réforme de 2001 en raison du partage antérieur de la succession, les juges firent appel à de nombreuses sources afin de déterminer l'intérêt général. Ils commencèrent par énoncer le but légitime : « la différence de traitement qui demeure entre les enfants en raison de leur naissance du fait des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 présente une justification objective et raisonnable en ce qu'elles

¹⁵⁸⁸ CA Aix-en-Pce, 20 sept. 2022, n° 22/01608 : objectif « rappelé par la circulaire de l'administration des douanes du 18 avril 2011 : il est de *taxer les utilisateurs résidant en France et d'empêcher que les propriétaires utilisateurs qui résident en France soient tentés de profiter d'un effet d'aubaine en faisant le choix d'un pavillon autre que français pour éluder le paiement du droit annuel de navigation et de francisation* » (nous soulignons).

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, puis l'arrêt cite un extrait : « Le présent article exonère de droit de passeport, à compter de 2011, les sociétés propriétaires d'un navire de plaisance ou de sports faisant l'objet à l'exportation d'un financement de type location avec option d'achat ou crédit-bail, quelle que soit la valeur de ce navire, afin de préserver la compétitivité des sociétés de leasing français exerçant leur activité à l'exportation et jouant un rôle d'entraînement important pour l'industrie française du yachting ».

¹⁵⁹⁰ *Ibid.* : « faute d'atteinte aux droits constitutionnels résultant des articles 34 de la Constitution et 6 et 13 de la DDHC de 1789, il y a lieu de dire que la question prioritaire de constitutionnalité n° 2 posée par la banque populaire Méditerranée, dépourvue de caractère sérieux, ne sera pas transmise à la Cour de cassation ».

¹⁵⁹¹ Pour une décision similaire, v. CA Aix-en-Pce, 20 sept. 2022, n° 22/01610.

poursuivent *le but légitime d'assurer la paix des familles*, en protégeant les droits acquis et en garantissant le principe de sécurité juridique et la stabilité des règlements successoraux achevés, mais aussi en ce qu'elles assurent un juste rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi [...] »¹⁵⁹². Ils se revendiquèrent également des décisions du Conseil constitutionnel : « la jurisprudence du Conseil constitutionnel est bien établie en ce sens qui, dans un arrêt du 21 octobre 2011 [...], a fait prévaloir “l’objectif d’intérêt général de stabilité des situations juridiques” pour juger constitutionnel un régime transitoire en matière de filiation »¹⁵⁹³, ainsi que de la Cour européenne des droits de l’homme, qui « dans l’arrêt *Fabris*, du 7 février 2013, admet elle-même que “la protection des droits acquis peut servir les intérêts de la sécurité juridique, valeur sous-jacente à la Convention” »¹⁵⁹⁴, argument par ailleurs avancé par la Ville de Paris. Et les juges de conclure : « Considérant que les questions soulevées ne présentent aucun caractère sérieux en ce que les dispositions contestées répondent à l’objectif d’intérêt général de stabilité des situations juridiques que s’est assigné le législateur et établissent un juste rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé et ce, au regard du respect tant du principe d’égalité que du droit de propriété » pour refuser la transmission¹⁵⁹⁵. Ainsi, l’intérêt général fait ici partie de la démonstration de l’absence de caractère sérieux.

367. Une démonstration plus légère en cas de transmission. Comme la Cour de cassation, les juges du fond s’avèrent plus loquaces sur l’intérêt général pour justifier un refus de transmission que dans la situation inverse, où davantage de prudence est de mise. C’est ainsi que sur la contestation devant la Cour d’appel de Paris de l’article 280-1 du code civil relatif à la prestation compensatoire, les juges estimèrent que la question n’était pas dépourvue de caractère sérieux en ce que « d’une part, le débiteur d’une indemnité exceptionnelle fixée sous forme de rente par application de l’article 280-1 ancien du code civil ne peut, selon l’interprétation qui en est donnée par la jurisprudence, en obtenir la révision contrairement au débiteur d’une prestation compensatoire fixée sous forme d’une rente » et qu’en vertu du principe d’égalité, « la disposition contestée, qui déroge au principe d’égalité, *pourrait* ne pas répondre à ces exigences constitutionnelles »¹⁵⁹⁶. La démonstration sommaire, sans véritable référence à l’intérêt général, qui n’est rappelé que comme critère dans la formule générale du

¹⁵⁹² CA Paris, pôle 3, ch. 1, 19 oct. 2016, n° 16/15254, nous soulignons.

¹⁵⁹³ *Ibid.*

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, nous soulignons.

¹⁵⁹⁶ CA Paris, pôle 3, ch. 3, 16 avr. 2015, n° 13/13424.

principe d'égalité, et l'utilisation du conditionnel révèlent la prudence des juges qui s'en remettent à l'appréciation du Conseil constitutionnel.

368. Une appréciation prudente de la possibilité du caractère impérieux d'intérêt général. Les juges du fond, toujours soucieux de s'en tenir à leur rôle, restent également prudents quant à l'identification d'un motif impérieux d'intérêt général pour l'atteinte par un revirement de jurisprudence à une situation légalement acquise : « Considérant qu'en l'espèce la renonciation [...] était légalement acquise [...] et qu'ainsi que l'avait rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 13 janvier 2011, le dispositif mis en œuvre par les dispositions susvisées répondait à un objectif de protection du consommateur, qu'il en résulte que la question prioritaire de constitutionnalité posée par [les demanderesses] n'apparaît pas dépourvue de sérieux de sorte qu'elle doit être transmise à la Cour de cassation »¹⁵⁹⁷. Les juges s'appuient sur la jurisprudence de la Cour de cassation pour la détermination de l'intérêt général et le recours au verbe « apparaître » témoigne de leur prudence dans la qualification d'une possible atteinte à la Constitution.

369. Les juges du fond n'apportent donc pas d'éléments de nature à éclairer une éventuelle méthode de détermination de l'intérêt général en matière de question prioritaire de constitutionnalité. Ils semblent cependant s'aligner sur une plus grande justification des refus de transmission et motivent peu leur détermination de l'intérêt général.

2. Le contrôle de conventionnalité des juges du fond

370. La démonstration de l'intérêt général de la loi en cas de mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme est légèrement plus élaborée : l'exigence textuelle explicite du but légitime dans la clause d'ordre public semble orienter les juges du fond.

371. La reprise des motifs du juge de première instance. Pour la détermination de l'intérêt général, la cour d'appel peut se fonder sur les constatations effectuées par les juges de première instance. Ce fut le cas dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, relatif au litige ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013. Au sujet de l'interdiction des mariages entre alliés en ligne directe, les juges exposèrent que « comme l'a déjà relevé le premier juge, l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa bru, [...] aux termes de l'article 164, [...] est *justifié* en ce qu'il répond à des *finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations stables à l'intérieur du cercle*

¹⁵⁹⁷ CA Paris, pôle 2, ch. 5, 7 févr. 2017, n° 16/21264.

familial »¹⁵⁹⁸. La cour d'appel met en balance les autres intérêts en présence, celui de l'enfant né du premier mariage – « il ressort des conclusions [...] que le mariage célébré le 17 septembre 1983, alors qu'elle n'était âgée que de dix ans, a opéré dans son esprit une regrettable confusion entre son père et son grand-père » – et celui de l'ex-époux – « la présence d'un conjoint survivant, même si l'union a été contractée sous le régime de la séparation de biens, entraîne nécessairement pour [l'ex-époux], unique enfant et héritier réservataire [de l'époux *de cuius*], des conséquences préjudiciables quant à ses droits successoraux »¹⁵⁹⁹.

372. L'intérêt général parfois invoqué sans justification. Le contentieux de la filiation est un exemple d'invocation de l'intérêt général sans justification. Ainsi, d'un arrêt de la cour d'appel de Rouen de 2015, où était contesté au regard de l'article 8 de la Convention européenne l'écoulement d'un délai de prescription, pour une demande en nullité d'une reconnaissance de paternité. Les juges qualifient l'intérêt général : « en ce qui concerne la filiation, il convient d'assurer, *dans l'intérêt général*, une *stabilité de l'état des personnes* qui peut résulter notamment de règles relatives à la prescription qui aboutissent à interdire que ne soit remise en cause une filiation au-delà d'un certain délai raisonnable » car « il apparaît [...] normal qu'une filiation ancienne, jamais contestée, ayant créé une possession d'état et une reconnaissance par la société ne puisse plus être remise en cause après un certain délai, *ne serait-ce que pour protéger celui qui ne la conteste pas* »¹⁶⁰⁰. En conclusion, « il apparaît *légitime* que le déroulement de cette histoire ne puisse plus être modifié totalement au bout d'un certain nombre d'années, au risque de créer une insécurité juridique plus néfaste que l'impossibilité d'établir une vérité biologique à tout prix »¹⁶⁰¹. Les juges reconnaissent ainsi plusieurs enjeux d'intérêt général – la stabilité de l'état, la protection des personnes qui ne contestent pas la filiation – sans justifier leur origine et procèdent à une balance assez fine des intérêts.

373. La recherche du motif impérieux d'intérêt général fondé sur les travaux parlementaires. On trouve quelques références aux travaux parlementaires dans des arrêts de cours d'appel pour la recherche de l'intérêt général. Ainsi, à l'occasion d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 6 février 2003, les juges s'appuyèrent sur les travaux préparatoires de la loi, intervenue en cours d'instance, afin de rechercher si son application immédiate était justifiée par un motif impérieux d'intérêt général : « Considérant qu'en réalité, la loi du

¹⁵⁹⁸ CA Aix-en-Pce, ch. 6A, 21 juin 2012, n° 11/02930.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰⁰ CA Rouen, ch. fam., 13 mai 2015, n° 14/00268.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*

11 décembre 2001 n'a répondu à *aucun motif d'intérêt général*, mais, votée à l'instigation des bailleurs, elle n'a pas eu d'autre objet que de mettre un terme à une jurisprudence qui déplaisait à ceux-ci, ainsi que cela a été reconnu *au cours des débats parlementaires* »¹⁶⁰². Les juges se prononcent ainsi ouvertement sur l'objectif poursuivi par le législateur et sa légitimité, en faisant référence à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire, portée en cassation, donna lieu à l'arrêt d'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, relatif à la révision du loyer du bail commercial, et qui faisait également explicitement référence aux travaux préparatoires de la loi, pour constater l'absence de motif impérieux d'intérêt général¹⁶⁰³.

374. Malgré quelques exemples ponctuels riches d'enseignements, il semble que la Cour de cassation ne puisse pas utilement s'inspirer de la pratique des juges du fond pour la découverte de l'intérêt général, cette dernière étant imprévisible.

§2. L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DEVANT LES JURIDICTIONS SUPRANATIONALES

375. Des enseignements peuvent être tirés de la façon dont des juridictions supranationales découvrent l'existence de la condition d'intérêt général dans la protection des droits fondamentaux. Deux exemples seront retenus : celui de la Cour européenne des droits de l'homme (**A**) et celui de la Cour de justice de l'Union européenne (**B**).

A. La Cour européenne des droits de l'homme

376. Un contrôle des objectifs proposés par les États. Comme le Conseil d'État, la Cour européenne des droits de l'homme effectue dans ses arrêts un raisonnement plus proche du contrôle de l'intérêt général que de sa découverte. En effet, lors d'un recours individuel devant elle, l'État défendeur est invité à présenter un mémoire en défense afin de démontrer que l'ingérence invoquée par les requérants ne constitue pas une violation. Ainsi, l'identification du contenu de l'intérêt général se fait notamment au moyen des éléments apportés au débat par les parties¹⁶⁰⁴. Le Gouvernement énonce alors souvent les objectifs poursuivis par la mesure prise, à charge pour la Cour européenne de vérifier si ces derniers

¹⁶⁰² CA Versailles, 12^e ch., 6 févr. 2003, n° 01/03300, nous soulignons, les juges complètent en citant les débats parlementaires : « où l'on a pu entendre que le texte était "le fruit d'une discussion assez longue entre le gouvernement et les bailleurs", ou encore le rapporteur de la Commission des Finances du Sénat rappeler que "n'ayant que pour objet de revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation, le nouveau dispositif proposé par l'Assemblée nationale a le mérite de répondre en partie aux préoccupations relatives à la sécurité juridique des contrats d'immobilier commercial, auxquelles votre commission avait souhaité répondre" ».

¹⁶⁰³ Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617 : « attendu qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ».

¹⁶⁰⁴ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 429, p. 251.

constituent des « buts légitimes » au sens de la Convention. Sur ce point, la Cour effectue un véritable travail de qualification, allant parfois jusqu'à refuser à certains objectifs la nature de « but légitime »¹⁶⁰⁵. À la différence de la Cour de cassation, la Cour européenne dispose ainsi d'informations spécifiques à la détermination de l'intérêt général, qui lui sont apportées par l'État défendeur à l'action.

377. La découverte de l'intérêt général dans la présentation du droit interne de l'État défendeur. La Cour européenne des droits de l'homme rassemble tous les éléments du droit de l'État défendeur dans une section de l'arrêt préalable au dispositif intitulé « Droit et pratique internes pertinents ». Cette partie de l'arrêt peut contenir des éléments relatifs à l'intérêt général. Ainsi, dans l'arrêt *Draon contre France*, qui critiquait le premier article de la loi du 4 mars 2002 disposant que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », et plus spécifiquement son application aux instances en cours, la présentation de l'état du droit français comprend des références à l'intérêt général. Il est notamment fait mention d'un jugement du tribunal administratif de Paris du 2 septembre 2003 qui avait estimé que « le régime [défini par les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002] décidé par le législateur pour des motifs d'intérêt général, tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et au traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées, n'est incompatible ni avec les stipulations [...] de la Convention [...] » et que « les motifs d'intérêt général [...] justifient leur application aux situations apparues antérieurement aux instances en cours »¹⁶⁰⁶. Ce jugement était inspiré d'un avis rendu par le Conseil d'État le 6 décembre 2002, qui énonçait les mêmes motifs d'intérêt général et qui était reproduit un peu plus loin dans le jugement¹⁶⁰⁷. Le Gouvernement reprend ces éléments pour la qualification du motif impérieux d'intérêt général¹⁶⁰⁸ et ils sont exploités par la Cour. De même, dans l'arrêt *Chassagnou contre France*, la Cour fait référence à un jugement du tribunal de grande instance de Périgueux du 13 décembre 1988 ayant qualifié la cause d'utilité publique de la loi régulant l'activité de chasse : « la loi Verdeille dont le but avoué [...] est de favoriser notamment le développement du gibier sur le territoire, la destruction des animaux nuisibles et la répression du braconnage, répond à la “cause d'utilité publique” prévue par l'article 1^{er} du Protocole [...]. De même, en voulant “assurer une meilleure organisation technique de la chasse”, le législateur français a eu pour finalité de permettre l'exercice démocratique de la

¹⁶⁰⁵ V. *infra*, n° 442 et s.

¹⁶⁰⁶ CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, préc., §32.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, §51.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, §62.

chasse et d'empêcher qu'un propriétaire foncier ne se réserve l'exclusivité de la pratique cynégétique sur son terrain, restreignant ainsi le droit d'usage des biens, en l'espèce le droit de chasse, conformément à l'«intérêt général» auquel fait référence le Protocole»¹⁶⁰⁹. Elle fait également référence à un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 18 avril 1991, qui avait jugé que « des restrictions pour cause d'utilité publique à l'exercice du droit de propriété sont expressément prévues par la Convention [...] en son article 1^{er} du Protocole additionnel [...] ; de même le regroupement de petites propriétés en des territoires de chasse de taille suffisante et de ce fait en mesure d'offrir au plus grand nombre l'accès à des loisirs, qui ne pourraient autrement que demeurer réservés aux possesseurs privilégiés d'un patrimoine foncier important »¹⁶¹⁰. Il arrive donc que la Cour européenne fasse référence à l'intérêt général constaté par les juges internes.

B. La Cour de justice de l'Union européenne

378. La dualité de l'intérêt général devant la Cour de justice de l'Union européenne. L'intérêt général communautaire revêt une véritable fonction juridique en droit de l'Union européenne : il « a plusieurs facettes dans l'ensemble du fonctionnement de l'Union européenne et de ses politiques communes » et « constitue un véritable principe d'action »¹⁶¹¹. Il possède en effet une existence autonome : il ne se réduit pas à « la simple somme des intérêts des États membres »¹⁶¹². Par conséquent, il se manifeste de deux manières à l'échelle de l'Union européenne : celui de l'Union et celui des États membres¹⁶¹³, le premier devant le plus souvent l'emporter sur le second¹⁶¹⁴. Devant la Cour de Justice de l'Union européenne, le contrôle de l'intérêt général se rattache le plus souvent au contrôle de proportionnalité¹⁶¹⁵.

379. Le contrôle de l'intérêt général des États membres. Les États membres disposent d'une certaine liberté dans la mise en œuvre de leur intérêt général¹⁶¹⁶, notamment en

¹⁶⁰⁹ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, préc., §20.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, §21.

¹⁶¹¹ J.-B. Auby et J. Dutheil de La Rochère, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 224.

¹⁶¹² *Ibid.* p. 224.

¹⁶¹³ F. Kauff-Gazin, *thèse préc.*, p. 70 ; T. Harmoniaux, *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ, coll. « Systèmes – Communautaire », 2001, p. 11, 12 et 13 : « "intérêt général de la Communauté" » et « l'intérêt général des États membres » ; v. aussi E. Honorat, « La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in *Conseil d'État – Rapport public 1999 – Jurisprudence et avis 1998 – L'intérêt général*, op. cit., p. 387 et s., spéc. p. 388 et 391.

¹⁶¹⁴ D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens », *art. préc.*, spéc. p. 51 ; T. Harmoniaux, *thèse préc.*, p. 35 : les États peuvent parfois utiliser leur propre intérêt général comme justification d'une dérogation qui ne peut pas aller jusqu'à porter atteinte à l'intérêt général communautaire.

¹⁶¹⁵ C. Zolynski, « Les juridictions européennes évaluatrices d'un nouvel intérêt général ? », in *L'intérêt général dans les pays de Common law et de droit écrit*, G. J. Guglielmi (dir.), Actes 3^e colloque international Centre dr. pub. comp., 27 et 28 mai 2016, éd. Panthéon-Assas, p. 199 et s., spéc. p. 199 et 200 ; V. également D. Simon, « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice... », *art. préc.*, n° 46, p. 17 et s.

¹⁶¹⁶ F. Kauff-Gazin, *thèse préc.*, p. 448 ; C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 202.

raison du principe de subsidiarité¹⁶¹⁷ : « il n'appartient pas à la Cour de choisir les objectifs que les États membres devraient poursuivre, *ni* de remettre en cause leurs choix à ce propos »¹⁶¹⁸. Il y a donc une « externalisation » du choix des buts¹⁶¹⁹ et l'affirmation occasionnelle de l'importance ou de la légitimité d'un but serait « parfaitement rhétorique »¹⁶²⁰. Depuis l'arrêt dit *Cassis de Dijon*, la Cour de justice contrôle cependant les raisons d'intérêt général permettant de limiter la libre circulation des marchandises, appréciées de manière assez souple dès lors qu'elles n'induisent pas de discrimination¹⁶²¹. Dans cet arrêt, le gouvernement allemand faisait valoir l'intérêt général qui était poursuivi, celui de limiter la circulation des boissons contenant un certain taux d'alcool, ce que la Cour refuse : « Il résulte de ce qui précède que les prescriptions relatives à la teneur alcoolique minimum des boissons spiritueuses ne poursuivent pas un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, qui constitue l'une des règles fondamentales de la communauté »¹⁶²². En revanche, sont admises les « prescriptions [...] nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »¹⁶²³. La Cour de justice examine donc les objectifs d'intérêt général présentés par les États et se prononce sur leur légitimité, la liste des buts admis semblant s'étendre¹⁶²⁴. Dans ce cas, comme dans le cas de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice examine donc l'objectif que l'État invoque ; elle n'effectue pas de véritable méthode de détermination de l'intérêt général¹⁶²⁵.

380. Le contrôle de l'intérêt général européen. La Cour de justice peut procéder à un contrôle précis de l'enjeu d'intérêt général à l'échelle de l'Union. Ainsi par exemple, dans

¹⁶¹⁷ C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 202.

¹⁶¹⁸ A. Marzal-Tetano, *thèse préc.*, n° 142, p. 63.

¹⁶¹⁹ *Ibid.* n° 144, p. 64.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, n° 147, p. 65 : l'auteur nuance cependant son propos (n° 149 et s.) concernant les « objectifs de nature économique » comme limite à la liberté de circulation.

¹⁶²¹ D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens », *art. préc.*, spéc. p. 55 et 56, v. par ex. CJCE, 20 févr. 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78.

¹⁶²² CJCE, 20 févr. 1979, *Cassis de Dijon*, *préc.*, §14.

¹⁶²³ *Ibid.*, §2.

¹⁶²⁴ D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens », *art. préc.*, spéc. p. 56.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, spéc. p. 57 : « Sans qu'il soit besoin de multiplier les illustrations, on voit bien que le droit communautaire accepte de reconnaître la pertinence des invocations de l'intérêt général national. Comme on l'avait déjà relevé s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, la justification tirée de l'intérêt général doit passer avec succès les tests de finalité, de nécessité et de proportionnalité des mesures nationales, qui constituent des exceptions aux principes de libre circulation ».

un arrêt du 8 avril 2014¹⁶²⁶ où était en cause une directive sur la conservation des données¹⁶²⁷, la Cour de justice examina avec un soin tout particulier l'objectif d'intérêt général poursuivi par la directive, énoncé dans le texte¹⁶²⁸, puis se référa à sa jurisprudence antérieure pour qualifier la fin poursuivie par la directive¹⁶²⁹ avant de se fonder sur l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux sur le droit à la sûreté¹⁶³⁰, pour conclure que la directive poursuit effectivement un objectif d'intérêt général¹⁶³¹. Ainsi, l'existence de l'objectif d'intérêt général et son identification en tant que tel font l'objet d'une véritable méthode de la part de la Cour. Si l'on souhaitait transposer ce raisonnement à la Cour de cassation, il faudrait qu'elle identifie l'objectif poursuivi par la loi – peut-être au moyen des travaux préparatoires – et qu'elle constate le cas échéant que cette qualification a déjà été retenue comme constituant un objectif d'intérêt général dans un arrêt antérieur¹⁶³². Cependant, une telle situation est difficilement comparable au conflit qui nous intéresse dans la mesure où le législateur français n'a pas l'obligation de définir précisément l'objectif dans le texte, qu'il ne le fait que par exception et que dès lors, les juges de la Cour de cassation doivent nécessairement *rechercher* l'intérêt poursuivi.

381. Conclusion de la section. Qu'il s'agisse de la pratique du juge administratif, du Conseil constitutionnel, des juges du fond ou de juridictions internationales telles que la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne, il semble que la Cour de cassation ne puisse trouver de source d'inspiration satisfaisante pour éclairer une méthode de détermination de l'intérêt général. Que l'intérêt général soit affirmé par intuition, ou que la méthode de détermination soit implicite, elle ne se révèle pas clairement dans leur raisonnement.

382. Conclusion du chapitre. L'analyse des documents préalables des arrêts montre que le juge n'a pas véritablement de méthode définie pour déterminer le contenu de l'intérêt général. L'analyse comparée n'est pas non plus très concluante. Ainsi, la détermination du

¹⁶²⁶ CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/14, v. C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 204.

¹⁶²⁷ C. Castets-Renard, « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles (note sur CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/14) », *D.* 2014.1355.

¹⁶²⁸ C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 204 et 205, CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/14, §41.

¹⁶²⁹ C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 205, CJUE, 8 avr. 2014, *préc.*, §42.

¹⁶³⁰ C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 205, CJUE, 8 avr. 2014, *préc.*, §42.

¹⁶³¹ C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 205, CJUE, 8 avr. 2014, *préc.*, §44.

¹⁶³² C. Zolynski, « Les juridictions européennes... », *art. préc.*, spéc. p. 208 et s. : ainsi que le souligne l'auteur, le silence du législateur peut en outre conduire le juge à identifier l'intérêt général.

contenu de l'intérêt général demeure assez obscure. Le juge ne semble pas se prêter à l'exercice consistant à « révéler ou feindre de découvrir »¹⁶³³ l'intérêt général. En ce qui concerne la source de son identification, la distinction entre le contrôle *in abstracto* et le contrôle *in concreto* devrait conduire le juge à identifier l'intérêt général abstrait, élément de droit bien que fondé sur des considérations extrajuridiques, et à exiger des parties la preuve de l'intérêt général concret. Ces dernières se verraient ainsi en position de défendre l'application de la loi, ce qui pose la question du rôle des parties. Le recours à l'avocat général peut enfin constituer une piste pour l'identification et la défense de l'intérêt général face aux droits fondamentaux.

¹⁶³³ S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », *art. préc.*, spéc. p. 48 ; V. Coq, *thèse préc.*, n° 417, p. 196.

CHAPITRE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA LIMITE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

383. Les pratiques des différents juges quant à l'intérêt général. Les juges n'adoptent pas tous la même approche de l'intérêt général. Si le Conseil constitutionnel effectue explicitement une classification des enjeux d'intérêt général en différentes catégories – simples enjeux d'intérêt général ou objectifs et principes de valeur constitutionnelle¹⁶³⁴ –, la Cour européenne des droits de l'homme a une approche beaucoup moins structurée. À l'exception notable de l'exigence d'un « motif impérieux d'intérêt général », nécessaire pour limiter certains droits ou libertés, elle ne semble ni effectuer de classement explicite des enjeux d'intérêt général, ni établir de distinction étanche entre un contrôle *in abstracto* et un contrôle *in concreto*. La Cour de cassation, qui calque son contrôle sur ces deux pratiques, navigue entre deux eaux et s'inspire partiellement des deux méthodes. L'analyse de la jurisprudence permettra de dégager des tendances régissant la réserve d'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux devant le juge judiciaire. Cette étude s'appuie sur la logique du professeur Valérie Goesel-Le Bihan lorsqu'elle affirme que : « toute tentative de systématisation doctrinale impose de croire en une rationalité minimale de l'écriture jurisprudentielle : les récurrences, dès lors qu'elles sont nombreuses et ne rencontrent quasiment aucun contre-exemple, peuvent légitimement être tenues pour significatives »¹⁶³⁵ ; la théorisation parfaite de la pratique étant impossible en l'absence d'uniformité, il s'agira de dégager des lignes de force.

384. La Cour de cassation n'adopte ainsi pas la même pratique face à la notion d'intérêt général dans le cadre de l'application de la Convention européenne (**section 2**) ou de son rôle de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité (**section 1**).

SECTION 1 : LA LIMITE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE FILTRE DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

385. L'intérêt général constitue, depuis l'origine, une notion juridique incontournable de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. C'est toutefois dans la mise en œuvre des droits fondamentaux qu'elle connut son développement le plus visible. Le Conseil constitutionnel

¹⁶³⁴ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 128 et s.

¹⁶³⁵ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

applique en effet une véritable jurisprudence de l'intérêt général fondée sur la hiérarchisation des enjeux autant que des droits fondamentaux. Son contrôle, exclusivement abstrait¹⁶³⁶, se concentre avant tout sur la loi. L'intérêt général se manifeste ainsi comme une limite explicite des droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel (§1), dont la pratique est inégalement reprise par la Cour de cassation dans l'exercice de son filtre des questions prioritaires de constitutionnalité (§2).

§1. LE CONTRÔLE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ABSTRAIT PAR LE CONSEIL
CONSTITUTIONNEL

386. La hiérarchie explicite des enjeux d'intérêt général par le Conseil constitutionnel. L'une des principales caractéristiques de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est la hiérarchisation explicite des enjeux d'intérêt général : le Conseil établit ainsi *a priori* et indépendamment du contexte de la décision, une classification des objectifs poursuivis par le législateur en fonction de leur degré d'importance. L'enjeu fait ainsi l'objet d'un véritable travail de qualification (A) préalable à son contrôle (B) qui conduit à une hiérarchisation implicite des droits fondamentaux devant le Conseil. Enfin, la pratique constitutionnelle du contrôle de proportionnalité s'avère tout aussi significative de la place importante de l'intérêt général dans les critères mis en œuvre par le Conseil (C).

A. Un véritable travail de qualification des enjeux d'intérêt général

387. Bien que certains auteurs aient pu en douter, le Conseil constitutionnel effectue bien un contrôle du contenu de l'intérêt général (1). Il procède en outre à une qualification des enjeux d'intérêt général poursuivis par les règles qu'il doit examiner au regard des droits fondamentaux (2) et les classe en fonction de l'importance qu'il souhaite leur donner (3).

1. Démonstration de l'existence d'un contrôle du contenu de l'intérêt général

388. Un contrôle substantiel de l'intérêt général par le Conseil constitutionnel. Si, à une certaine époque, une partie de la doctrine affirmait que le Conseil constitutionnel ne

¹⁶³⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 202.

contrôlait pas l'intérêt général¹⁶³⁷, ou du moins, pas systématiquement¹⁶³⁸, il semble qu'aujourd'hui, l'existence d'un tel contrôle ne suscite plus de doute : « la motivation des décisions rendues révèle que ce sont désormais *toutes les restrictions apportées aux droits et libertés* qui font l'objet d'un contrôle de l'objectif poursuivi »¹⁶³⁹. Le contrôle de l'intérêt général par le Conseil constitutionnel est d'ailleurs loin d'être purement formel¹⁶⁴⁰. Cela ne relève pourtant pas de l'évidence¹⁶⁴¹ en ce que les Sages « manifeste[nt] clairement [leur] adhésion au principe selon lequel c'est au législateur qu'il revient de déterminer l'intérêt général »¹⁶⁴². La démarche du Conseil révèle la « prudence » de son contrôle¹⁶⁴³, qui s'exprime

¹⁶³⁷ G. Merland, *thèse préc.*, p. 217 et s. : « refus » du contrôle de « la pertinence des objectifs du législateur », qui n'est pas « politiquement souhaitable » et p. 225, l'auteur parle de « l'automatisme dans l'opération de qualification des enjeux par le Conseil constitutionnel des objectifs du législateurs en objectifs d'intérêt général ». V. aussi J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 561, p. 253. V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, n° 1 : « le contrôle de l'objectif poursuivi est soit passé sous silence, voire nié dans son existence même, soit découvert tardivement ». V. G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 38, janv. 2013, spéc. p. 12 : « le Conseil se refuse à contrôler les finalités poursuivies par le législateur » et M. Collet, « Les Sages en font-ils trop ? », *art. préc.*, qui écrit : « jamais auparavant le Conseil ne s'était aventuré si loin dans la mise en cause du pouvoir d'appréciation politique du Parlement. [...] Le Conseil constitutionnel évitait jusqu'alors de se prononcer sur la pertinence des motifs politiques guidant les textes fiscaux ».

¹⁶³⁸ B. Mathieu, *Les « validations » législatives, op. cit.*, p. 203 et 204 : l'auteur procède ainsi au classement des « principes auxquels le législateur peut porter atteinte » : tout d'abord les « principes constitutionnels essentiels et absolus auxquels le législateur ne peut en aucun cas porter atteinte », ensuite « les principes généraux du droit auxquels le législateur peut porter atteinte » sans contrôle de l'objectif, et, entre les deux bords du spectre, les « principes importants auxquels le législateur pourrait porter une atteinte plus ou moins profonde au nom d'un intérêt général préalablement défini ». V. également G. Merland, *thèse préc.*, p. 141 : « il peut arriver que la marge de manœuvre dont dispose le législateur à l'égard de certains de ces principes se trouve sensiblement réduite ou, tout du moins, encadrée. La protection dont bénéficient ces principes de valeur législative se justifie alors par les liens étroits qu'ils entretiennent avec un principe de valeur constitutionnelle ».

¹⁶³⁹ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, n° 5, c'est l'auteur qui souligne. V. aussi V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-2, p. 194. Pour une évolution d'un auteur sur ce point, v. G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 41.

¹⁶⁴⁰ V. Goesel-Le Bihan, « Les techniques... », *art. préc.* Contra G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *art. préc.*, spéc. p. 12 : « le Conseil se refuse à contrôler les finalités poursuivies par le législateur », v. aussi V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 270 pour le réfuter ; v. aussi « il n'appartient pas au Conseil de juger des choix mais seulement de vérifier si leur mise en œuvre porte des atteintes disproportionnées aux droits et libertés constitutionnellement garantis ». V. encore G. Merland, *thèse préc.*, p. 218 et s. : l'auteur considère en effet que le Conseil constitutionnel refuse de contrôler directement l'intérêt général, ce qui ne nous semble pas constituer la réalité en la matière ; ou du moins n'est-ce plus d'actualité aujourd'hui. V. aussi : M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 56 et J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 561, p. 253, parle de la qualification automatique.

¹⁶⁴¹ Certains auteurs affirment même le contraire : G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *art. préc.* : « le Conseil se refuse à contrôler les finalités poursuivies par le législateur », v. aussi V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 270 pour le réfuter et la formule classique du Conseil : « il n'appartient pas au Conseil de juger des choix mais seulement de vérifier si leur mise en œuvre porte des atteintes disproportionnées aux droits et libertés constitutionnellement garantis ».

¹⁶⁴² B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 43 : l'auteur précise d'ailleurs que c'est la raison pour laquelle il censure les dispositions qui ne sont pas assez normatives ; leur présence entraînerait selon lui un transfert de compétence du législateur au juge pour les conditions d'application de la norme.

¹⁶⁴³ G. Merland, *thèse préc.*, p. 141. Il est à noter que l'auteur considère en effet que le Conseil constitutionnel refuse de contrôler directement l'intérêt général, ce qui ne nous semble pas constituer la réalité en la matière ; ou

par sa formule classique : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur »¹⁶⁴⁴. Il aspire à ce que « son travail puisse être nettement dissocié de celui du législateur »¹⁶⁴⁵. En effet, « traditionnellement, la poursuite de l'intérêt général est considérée comme répondant à la définition même de la loi : exprimant la volonté souveraine du peuple, le législateur ne peut donc agir que dans l'intérêt général »¹⁶⁴⁶. La « qualité » des buts invoqués par le législateur ne devrait, selon cette logique, faire l'objet d'aucun contrôle¹⁶⁴⁷. Pourtant, le Conseil procède désormais à l'examen des objectifs poursuivis par la loi en cas d'atteinte aux droits fondamentaux : son office s'étend du constat de « l'existence » de l'enjeu¹⁶⁴⁸ à celui de sa qualification. L'objectif d'intérêt général, en tant qu'élément de la loi, fait l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution¹⁶⁴⁹. Ce contrôle de l'intérêt général varie selon le droit ou la liberté considéré¹⁶⁵⁰.

du moins n'est-ce plus d'actualité aujourd'hui (p. 218 et s.). V. aussi G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 39 : l'auteur parle même de « réticence ».

¹⁶⁴⁴ Formule très classique, v. not. Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-249 DC, cons. 7 ; v. aussi cette remarque chez G. Merland, *thèse préc.*, p. 224.

¹⁶⁴⁵ G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace... », *art. préc.*

¹⁶⁴⁶ B. Mathieu, *Les « validations » législatives, op. cit.*, p. 201.

¹⁶⁴⁷ G. Merland, *thèse préc.*, p. 226 : l'auteur considère qu'il ne s'agit pas, pour le législateur d'un pouvoir « discrétionnaire » comme celui de l'administration, mais d'un pouvoir « souverain », puisque dépourvu de tout contrôle, comparable selon l'auteur à celui des actes de gouvernement (p. 227). V. aussi G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 39 à 43.

¹⁶⁴⁸ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 43.

¹⁶⁴⁹ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 384 à 387, p. 177 et 178.

¹⁶⁵⁰ D'autres relations entre l'intérêt général et les droits et libertés ont déjà été exposées, mais elles ne concernent pas tant le contrôle que la signification des droits et libertés, c'est pourquoi elles ne seront pas retenues ici. Il s'agit tout d'abord de la présentation du professeur Nicolas Molfessis, qui distingue les droits et libertés « en conflit » à l'intérêt général, de ceux qui sont « en conformité » avec lui : N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 17, p. 16 : les deux premiers chapitres de la thèse opposent les droits « en conflit avec l'intérêt général » qui font l'objet d'une faible protection et les droits « en conformité avec l'intérêt général » pour lesquels la protection est forte. Il déduit leur niveau de protection devant le Conseil constitutionnel en fonction de la relation qu'ils entretiennent avec l'intérêt général (qui est sans doute entendu ici au sens substantiel). Les libertés qu'il considère « en conflit » avec l'intérêt général bénéficieraient ainsi d'une protection moins importante que celles qui seraient « conformes » à l'intérêt général. Cependant, certains droits ou libertés, défendant des intérêts plus « individuels », entrent en conflit avec les enjeux collectifs de l'intérêt général. Ainsi, des droits tels que la propriété, le droit de grève et la liberté individuelle (p. 47 et s. et p. 96 et s. et p. 128 et s.) ou encore la liberté d'entreprendre (n° 112, p. 95) , qui sont porteurs d'intérêts particuliers, entrent davantage en conflit avec les enjeux collectifs de l'intérêt général que les libertés « conformes » à l'intérêt général – c'est-à-dire aux enjeux collectifs de l'intérêt général – telles que la légalité des délits et des peines (n° 216 et s., p. 178 et s.), l'application de la loi pénale dans le temps (n° 236 et s., p. 194 et s.), la proportionnalité des délits et des peines (n° 261 et s., p. 215 et s.), les droits de la défense (n° 272 et s., p. 220 et s.) et les libertés « publiques » : liberté d'association, de la presse – pensée et expression – liberté de conscience ou encore liberté d'enseignement (n° 303, p. 245). Enfin, certaines libertés voient leur protection varier selon la matière considérée : c'est le cas du principe d'égalité, en raison de son caractère polyvalent et de la diversité de ses domaines d'intervention (n° 348, p. 276 et 277). Cette vision ne sera pas retenue ici car elle détache l'intérêt général de la loi et le considère dans un sens purement substantiel, voire philosophique, indépendamment de sa composante juridique. L'auteur distingue les libertés selon leur rattachement circonstanciel à des intérêts particuliers ou publics, indépendamment de leur relation à la loi. Par conséquent, leur position de « conflit » ou de « conformité » avec l'intérêt général est variable et ne peut donc pas servir de critère opérant pour les classer. Dans une logique comparable, P. Gervier, *thèse préc.* situe la distinction entre ce qu'elle appelle les

389. Un contrôle avec l'aide des textes. Une certaine « méfiance » à l'égard de la loi et du législateur s'exprime nécessairement à travers ce contrôle¹⁶⁵¹ : ériger l'intérêt général en condition de la constitutionnalité de la loi implique que la loi puisse en être dépourvue¹⁶⁵². Pourtant, cela ressort de certains textes constitutionnels porteurs de droits fondamentaux qui n'autorisent les limitations du droit ou de la liberté qu'ils proclament qu'au regard de certains enjeux d'intérêt général déterminés. Il suffit pour le constater de se référer par exemple à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas *l'ordre public établi par la Loi* »¹⁶⁵³ ; la règle admet que l'affirmation des convictions personnelles ne peut subir comme limite qu'une loi poursuivant l'objectif de maintien de l'ordre public.

390. Le contrôle de proportionnalité, vecteur d'examen des enjeux d'intérêt général. Tous les auteurs semblent s'accorder pour dire que le contrôle de proportionnalité permet au moins un examen détourné de l'intérêt général¹⁶⁵⁴. À l'image du juge administratif, le juge constitutionnel contrôle l'intérêt général à travers les « motifs de la loi », ainsi que le « rapport existant entre les dispositions prises et le but d'intérêt général », par la méthode de « l'erreur manifeste d'appréciation »¹⁶⁵⁵. L'intérêt général permet au législateur de justifier la dérogation à certains principes¹⁶⁵⁶.

2. Le travail de qualification des enjeux d'intérêt général

391. Le Conseil constitutionnel procède à une véritable qualification de l'objectif poursuivi par le législateur. Cela le conduit parfois à constater l'absence d'enjeu d'intérêt

« droits-garanties », citant notamment comme exemple le droit de propriété qui font l'objet d'une protection « atténuée » (n° 1213, p. 361), avec l'exception du droit au recours (n° 1235 et s., p. 367 et s.), des « droits-libertés » (n° 1219 et s., p. 363 et s.), qui font l'objet d'une protection plus importante, bien que « différenciée » (n° 1226 et s., p. 365 et s.). La protection peut également différer selon la « sphère du droit » considérée : l'inviolabilité du domicile est « renforcée » quand il s'agit du domicile mais « relative » lorsqu'il s'agit simplement du lieu professionnel (n° 1249 et s., p. 371 et s. et n° 1254 et s., p. 373 et s.) ; la vie privée qui fait l'objet d'une protection plus forte de la « sphère personnelle » que de la « sphère sociale » (n° 1264 et s., p. 376 et s. et n° 1275 et s., p. 378 et s.) les libertés d'expression et de communication, dans ses dimensions « active » « d'émetteur », comme « passive » de « récepteur » d'informations bien protégées (n° 1285, p. 381 et n° 1288, p. 382) en général mais faisant parfois l'objet de contrôles différenciés au sein même de cette distinction. Cependant, cette systématisation ne semble pas parfaitement transposable à la souplesse de la pratique constitutionnelle.

¹⁶⁵¹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 32 et s.

¹⁶⁵² G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace... », *art. préc.* ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 219.

¹⁶⁵³ Nous soulignons.

¹⁶⁵⁴ V. not. B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 43 ; V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 237 ; A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 80 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 270 et s.

¹⁶⁵⁵ B. Mathieu, *Les « validations » législatives, op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*

général dans les objectifs poursuivis par la loi. Le vocabulaire employé est en outre parfois trompeur : le Conseil utilise comme synonymes les termes d'« objectifs », « raisons », « motifs »¹⁶⁵⁷, mais aussi « objet » et « but »¹⁶⁵⁸. Il semble donc qu'il entretienne une légère ambiguïté dans la distinction entre motif et objectif, bien que les deux notions puissent aisément se rejoindre.

392. Les cas de constat par le Conseil constitutionnel de l'absence d'enjeu d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel ne procède pas à une qualification « automatique »¹⁶⁵⁹ : tout enjeu poursuivi par le législateur n'est pas systématiquement digne d'être poursuivi par la loi au moyen de l'intérêt général¹⁶⁶⁰. Ainsi, dans une décision du 20 juillet 2000, où il était fait grief à la loi de porter atteinte au droit de propriété¹⁶⁶¹ par une mesure d'interdiction des activités de chasse le mercredi ainsi que le week-end, le Conseil considéra que « constitue [un motif d'intérêt général] la nécessité d'assurer la sécurité des enfants d'âge scolaire et de leurs accompagnateurs le mercredi » pour admettre la limitation pendant la semaine¹⁶⁶², mais « qu'en revanche la faculté ouverte à l'autorité administrative de choisir une autre période hebdomadaire de vingt-quatre heures “au regard des circonstances locales”, sans que ni les termes de la disposition critiquée, ni les débats parlementaires ne précisent les motifs d'intérêt général justifiant une telle prohibition, est de nature à porter au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution »¹⁶⁶³. De même, dans une décision de 2005 relative à la loi de finances pour la nouvelle année, face à l'enchevêtrement de certaines dispositions fiscales, le Conseil affirma que « la complexité nouvelle imposée aux contribuables ne trouve sa contrepartie dans aucun motif d'intérêt général véritable »¹⁶⁶⁴. Le Conseil constitutionnel peut ainsi constater l'absence d'un objectif d'intérêt général ou son impuissance à justifier toutes les mesures prises par la loi ; le législateur doit donc fonder les limitations de liberté¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁵⁷ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 56 : sachant que selon l'auteur, la distinction n'existe pas devant le Conseil d'État (p. 34).

¹⁶⁵⁸ V. Cons. const., 16 déc. 2011, n° 2011-206 QPC, cons. 6.

¹⁶⁵⁹ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 39.

¹⁶⁶⁰ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 154-2, p. 195.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

¹⁶⁶² Cons. const., 20 juill. 2000, n° 2000-434 DC, cons. 31, v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 154-2, p. 195.

¹⁶⁶³ *Idem.*

¹⁶⁶⁴ Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC, cons. 88, nous soulignons ; v. G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 41.

¹⁶⁶⁵ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 154-2, p. 195.

393. Les cas de refus de qualification d'intérêt général d'un enjeu proposé par le législateur. Le Conseil peut refuser de qualifier d'intérêt général les objectifs poursuivis par le législateur¹⁶⁶⁶. Il estima ainsi dans une décision de 2009 que « le maintien d'un minimum de deux députés pour chaque département *n'est plus justifié par un impératif d'intérêt général* susceptible d'atténuer la portée de la règle fondamentale selon laquelle l'Assemblée nationale doit être élue sur des bases essentiellement démographiques »¹⁶⁶⁷ ou encore, en 2012, que le régime fiscal dérogatoire applicable à la Corse était institué « sans motif légitime »¹⁶⁶⁸. Le Conseil considéra encore, au sujet de dispositions qui réservaient la possibilité aux avocats des parties de répondre à une décision ordonnant une expertise en matière pénale, que la « différence de traitement [...] entre les parties selon qu'elles sont représentées ou non par un avocat *ne trouve pas de justification* dans la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de l'ordre public ou l'objectif de recherche des auteurs d'infraction, auxquels concourt le secret de l'instruction »¹⁶⁶⁹. Il arrive donc que le Conseil refuse de considérer comme pertinents les enjeux poursuivis par le législateur ou le lien de causalité avec la mesure prise.

3. La classification des enjeux d'intérêt général devant le Conseil

394. Du simple enjeu d'intérêt général aux objectifs et principes de valeur constitutionnelle. Les objectifs et principes de valeur constitutionnelle constituent des enjeux d'intérêt général¹⁶⁷⁰. Le Conseil constitutionnel établit une hiérarchie explicite entre les enjeux d'intérêt général : il distingue le simple objectif d'intérêt général du principe ou de l'objectif de valeur constitutionnelle¹⁶⁷¹. Constituent notamment des principes de valeur constitutionnelle la liberté personnelle¹⁶⁷², le principe de la séparation des pouvoirs¹⁶⁷³, le droit de mener une vie

¹⁶⁶⁶ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 367, p. 170 et n° 557, p. 251 : « Une confusion ne saurait être opérée entre objectif législatif et intérêt général. La reconnaissance de l'intérêt général suppose une opération de qualification qui succède à l'étape de l'identification du contenu de l'objectif législatif ».

¹⁶⁶⁷ Cons. const., 8 janvier 2009, n° 2008-573 DC, cons. 23, nous soulignons ; v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-2, p. 195.

¹⁶⁶⁸ Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, cons. 133, v. M. Collet, « Les Sages en font-ils trop ? », *art. préc.* ; Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, cons. 140, cités par V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-2, p. 196.

¹⁶⁶⁹ Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-284 QPC, cons. 4, nous soulignons.

¹⁶⁷⁰ G. Merland, *thèse préc.*, p. 128 signale que dans la décision des 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, cons. 58, le Conseil employa l'expression « fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle » ; le vocable d'objectifs de valeur constitutionnelle est plus récent, il daterait de la décision du 27 juill. 1982, n° 82-141 DC. Sur les raisons supposées de l'absence d'emploi de l'expression « intérêt général » dans ce cas, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 130 et 131. V. aussi G. Xynopoulos, *thèse préc.*, p. 362 et 363 ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel – Principes directeurs*, éd. STH, 1988, p. 205 ; P. de Montalivet, *thèse préc.*, n° 314 et s. p. 178 et s. ; N. Molfessis, « Justice constitutionnelle », *Justices* 1996.330.

¹⁶⁷¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 128 et s.

¹⁶⁷² *Ibid.*, n° 108, p. 128.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, n° 108, p. 128.

familiale normale¹⁶⁷⁴ ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions¹⁶⁷⁵. Les principaux objectifs de valeur constitutionnelle sont quant à eux « le respect de la liberté d'autrui, la sauvegarde de l'ordre public et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels », la « lutte contre la fraude fiscale », la « protection de la santé publique », la « possibilité pour toute personne de bénéficier d'un logement décent », « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », la « sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle » et enfin la « bonne administration de la justice »¹⁶⁷⁶. Cette qualification est relativement ambiguë puisqu'elle désigne tant des objectifs d'intérêt général que des droits et libertés¹⁶⁷⁷ : c'est notamment le cas de la possibilité d'accès à un logement décent¹⁶⁷⁸ ainsi que des impératifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁶⁷⁹. Ces normes peuvent à la fois être limitées et mises en œuvre par la loi¹⁶⁸⁰. Le Conseil constitutionnel assume ainsi pleinement le lien entre enjeu d'intérêt général et droit ou liberté en utilisant alternativement l'une ou l'autre qualification pour la même notion¹⁶⁸¹.

395. Les motifs d'intérêt général « suffisants » ou « impérieux » ; les « simples » motifs d'intérêt général. Pour la protection de certains droits et libertés, dits de protection « intermédiaire »¹⁶⁸², le Conseil constitutionnel exige que soient poursuivis par le législateur des motifs d'intérêt général qui soient « suffisants » ou « impérieux » : il s'agit des droits « rattachés à la sécurité juridique »¹⁶⁸³, tels que « le principe de non-rétroactivité des lois autres que pénales » – y compris pour les lois de validation – mais aussi « l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, la protection des contrats légalement conclus, le droit au maintien des situations légalement acquises » ainsi que les « effets qui peuvent en être légitimement attendus »¹⁶⁸⁴. Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, le vocabulaire évolua de l'exigence d'un « intérêt général suffisant » à celle d'un « motif impérieux d'intérêt

¹⁶⁷⁴ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 129.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ P. de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *art. préc.* ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, 2^e éd., n° 108, p. 128 et 129.

¹⁶⁷⁸ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 129.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, bien que ce dernier ne soit pas invocable en QPC.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, n° 108, p. 128 et 129.

¹⁶⁸¹ Sur ce double rôle, bien que leur déniait la qualification de droits et libertés fondamentaux : H. Roussillon et P. Esplugas-Labatut, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 8^e éd., 2015, p. 100. P. de Montalivet, *thèse préc.*, n° 944, p. 549. Sur la protection différenciée des différents objectifs de valeur constitutionnelle, v. P. de Montalivet, *thèse préc.*, n° 945 et s., p. 550 et s. V. aussi *infra*, n° 734 et s.

¹⁶⁸² V. *supra*, n° 208.

¹⁶⁸³ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-3, p. 197.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, n° 154-3, p. 197.

général »¹⁶⁸⁵. En outre, le Conseil se contente parfois simplement de qualifier de « motifs » ou « objectifs » d'intérêt général les buts poursuivis par le législateur, avec une certaine souplesse pour la mise en œuvre des droits et libertés dits de « second rang »¹⁶⁸⁶. Le droit de propriété en constitue un exemple¹⁶⁸⁷. Le Conseil qualifie simplement les enjeux d'intérêt général pour admettre la limitation, sans rigidité particulière. Les enjeux d'intérêt général sont divers et semblent laisser une grande marge de manœuvre au législateur¹⁶⁸⁸.

396. La double qualification : le motif impérieux d'intérêt général de valeur constitutionnelle. Toujours dans le cadre du contrôle des lois rétroactives, le Conseil constitutionnel effectue parfois une double qualification de l'intérêt général. Il estime en effet, dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, relatif à la garantie des droits, que « l'acte modifié ou validé » par la règle à effet rétroactif « ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf

¹⁶⁸⁵ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-3, p. 198. Pour l'apparition du nouveau vocabulaire, v. Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, cons. 3 ; J. Roux, « Du “but d'intérêt général suffisant” au “motif impérieux d'intérêt général” : les mots et les choses », *AJDA* 2014.1204 ; P. Deumier, « Les lois de validation et le dialogue des juges », *RTD civ.* 2014.604, n° 1 et 2 : « la décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014 vient mettre un terme à cette distorsion » entre intérêt général impérieux et intérêt général suffisant.

¹⁶⁸⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 207.

¹⁶⁸⁷ Sur la diversité des motifs d'intérêt général qui peuvent être invoqués pour limiter le droit de propriété, v. M. Rolain, *thèse préc.*, n° 445, p. 302 et 303.

¹⁶⁸⁸ Ainsi, pour entériner la publicité comparative, le Conseil admet qu'elle « vise à améliorer l'information des consommateurs et à stimuler la concurrence dans le respect de règles clairement établies » (Cons. const., 15 janv. 1992, n° 91-304 DC, cons. 11 – conformité) ; que la mitoyenneté se justifie par la nécessité de fixer les « modalités selon lesquelles les droits des propriétaires de fonds voisins doivent être conciliés » (Cons. const., 12 nov. 2010, n° 2010-60 QPC, cons. 4 – conformité) et de « détermine[r] un mode économique de clôture et de construction des immeubles ainsi que d'utilisation rationnelle de l'espace, tout en répartissant les droits des voisins sur les limites de leurs fonds » (*même décision*, cons. 6) ; que l'attribution d'un bien en propriété pour le versement de la prestation compensatoire prévue par l'article 274, 2° du code civil permet de « faciliter la constitution d'un capital, afin de régler les effets pécuniaires du divorce au moment de son prononcé ; [...] assurer le versement de la prestation compensatoire ; [...] garantir la protection du conjoint dont la situation économique est la moins favorisée et [...] limiter, autant que possible, les difficultés et les contentieux postérieurs au prononcé du divorce » (Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC, cons. 6 – conformité sous réserve d'interprétation) ; que l'ancien article 2206 du code civil – aujourd'hui abrogé – permet « d'éviter que la procédure de saisie immobilière demeure suspendue faute d'enchérisseur » et de « [faire] obstacle à ce que le créancier poursuivant se voie imposer un transfert de propriété moyennant un prix auquel il n'aurait pas consenti » (Cons. const., 16 déc. 2011, n° 2011-206 QPC, cons. 6 – conformité) ; que dans le premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles, « le législateur a entendu assurer la protection de personnes dont il a estimé que, compte tenu de leur état et dans la mesure où elles doivent recevoir une assistance pour favoriser leur maintien à domicile, elles étaient placées dans une situation particulière de vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur apportaient cette assistance » (Cons. const., 12 mars 2021, n° 2020-888 QPC, cons. 7 – défaut de conformité sans lien avec l'objectif d'intérêt général, qui est entériné par le Conseil) ; que les articles 671 et 672 du code civil ont pour objectif d'« assurer des relations de bon voisinage et prévenir les litiges » (Cons. const., 7 mai 2014, n° 2014-394 QPC, cons. 13 – conformité) ; que le second alinéa de l'article 792 du code civil relatif à l'extinction des créances en cas de défaut de déclaration dans le cadre de la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net, « assurant l'efficacité de l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net » vise « à faciliter la transmission des patrimoines » (Cons. const., 5 oct. 2016, n° 2016-574/575/576/577/578 QPC, cons. 7 – conformité) ; qu'enfin – mais la liste n'est pas exhaustive – le « règlement des situations de surendettement » (Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, cons. 75 – conformité sur ce point).

à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de valeur constitutionnelle »¹⁶⁸⁹. Par conséquent, si la loi à effet rétroactif s'oppose à un principe ou à une règle de valeur constitutionnelle, alors le motif d'intérêt général qui la justifie ne doit pas seulement être impérieux, il doit aussi revêtir une valeur constitutionnelle. Cette formule de principe révèle explicitement la hiérarchie des enjeux devant le Conseil constitutionnel : le simple enjeu d'intérêt général se trouve en bas de la pyramide ; le motif impérieux d'intérêt général se situe à un niveau intermédiaire ; le motif de valeur constitutionnelle occupe le sommet.

397. L'intérêt général comme facteur de hiérarchisation implicite des droits fondamentaux. L'objectif d'intérêt général utilisé pour limiter un droit ou une liberté permet par conséquent de donner un indice sur le niveau de protection du droit ou de la liberté concernée¹⁶⁹⁰. Malgré « l'exclusion de toute hiérarchie formelle »¹⁶⁹¹, on peut déceler la présence d'une « certaine hiérarchie matérielle »¹⁶⁹² qui manifeste une protection différenciée des droits et libertés par le Conseil constitutionnel¹⁶⁹³. Pour autant la hiérarchie n'est ni certaine,

¹⁶⁸⁹ Cons. const., 10 déc. 2021, n° 2021-955 QPC, cons. 4 ; Cons. const., 19 avr. 2019, n° 2019-776 QPC, cons. 4 ; Cons. const., 2 mars 2016, n° 2015-525 QPC, cons. 3 ; Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2015-522 QPC, cons. 8 ; Cons. const., 21 juill. 2017, n° 2017-644 QPC, cons. 3 ; Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, cons. 3 ; Cons. const., 24 juill. 2014, n° 2014-695 DC, cons. 9 ; Cons. const., 12 août 2022, n° 2022-843 DC, cons. 44 et Cons., 4 août 2016, n° 2016-736 DC, cons. 20 (nous soulignons).

¹⁶⁹⁰ N. Molfessis, *thèse préc.* : les deux premiers chapitres de la thèse distinguent les « droits fondamentaux en conflit avec l'intérêt général » faisant l'objet d'une « faible protection » des droits fondamentaux « conformes à l'intérêt général qui quant à eux bénéficient d'une « forte protection ». V. aussi G. Merland, *thèse préc.*, p. 312 et 313 : « l'intérêt général remplit donc indéniablement une fonction de différenciation des droits fondamentaux ». L'auteur expose également d'autres critères, développés par Favoreu, mais qui ne lui semble pas pertinents (p. 311 et 312) : le régime d'autorisation préalable et l'uniformité de l'application sur le territoire, sont ainsi écartés. Sur la classification des droits fondamentaux en fonction de l'enjeu d'intérêt général capable de les limiter, v. *supra*, n° 205 et s., la distinction entre les libertés de premier, de second et de rang intermédiaire, ainsi que les références citées.

¹⁶⁹¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 125, p. 148.

¹⁶⁹² *Ibid.*, n° 126, p. 149.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, n° 126, p. 149. Une telle protection s'effectue « non pas de façon arbitraire mais en fonction de différents paramètres » (n° 126, p. 149 et 150, l'auteur souligne). Il y a tout d'abord le « degré de précision de la règle » (n° 126, p. 150) ainsi que la formulation d'exception dans son expression (n° 126, p. 150). Ensuite intervient « le degré d'attachement de l'opinion dominante à cette liberté ou au contraire l'un de ses objectifs antagonistes – la protection de l'ordre public par exemple – qui pousserait dans le sens de l'accroissement ou de la restriction de la protection qui lui est accordée, cette opinion étant d'ailleurs susceptible d'évoluer, tout comme, par conséquent, la protection accordée par le Conseil constitutionnel » (n° 126, p. 150). Enfin, « l'importance intrinsèque de certaines libertés dans une démocratie libérale, ce qui explique qu'une convergence des niveaux européens et nationaux de protection des libertés ait pu se dessiner avec de plus en plus de netteté » (n° 126, p. 150, l'auteur souligne). Bien qu'imparfaite et ne reflétant pas systématiquement la réalité de la jurisprudence, « qui ne livre pas toujours [s]es clés de raisonnement », qui raisonne parfois « au cas par cas » et par une motivation laconique (n° 130, p. 152) cette présentation demeure utile (n° 126 et s., p. 149 et s.).

ni figée¹⁶⁹⁴. L'intérêt général permettant de limiter ces droits ou libertés peut ainsi constituer un indice de leur importance¹⁶⁹⁵.

B. Le contrôle de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel

398. Le contrôle de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel s'inscrit dans un certain contexte : il est soumis à des conditions (1) ainsi qu'à des limites (2).

1. Les conditions du contrôle de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel

399. Préalable : la nécessité d'une atteinte pour justifier le contrôle de l'intérêt général. Le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur, et par conséquent de l'intérêt général, est subordonné soit à la « [mise] en cause [d']un principe de valeur constitutionnelle »¹⁶⁹⁶, soit à « l'existence d'une restriction apportée à un droit ou à une liberté »¹⁶⁹⁷. Logiquement, c'est l'atteinte au droit fondamental qui fonde le contrôle. À l'image de la Cour européenne des droits de l'homme, qui vérifie que les *ingérences* causées par les États dans les droits et libertés ne constituent pas des *violations* de ces derniers, le Conseil constitutionnel, notamment à travers le contrôle de proportionnalité, ne s'intéresse à l'objectif poursuivi qu'en cas de restriction à un droit ou à une liberté¹⁶⁹⁸. Ainsi, la seule « mise en œuvre »¹⁶⁹⁹ d'un droit ou d'une liberté, « ou, à tout le moins, [l'absence d']atteinte à [un] principe de valeur constitutionnelle »¹⁷⁰⁰, dès lors qu'elle ne s'accompagne pas d'un grief d'atteinte à un autre droit ou liberté, ne donne pas lieu à une vérification de l'objectif poursuivi¹⁷⁰¹. En effet, le Conseil n'intervient que si une règle constitutionnelle est atteinte : « lorsqu'aucun principe constitutionnel n'est en cause, le Conseil constitutionnel rappelle que l'article 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation identique à celui du législateur et, qu'en conséquence, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation » à celle du législateur¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁴ G. Merland, *thèse préc.*, p. 312 et 313 : « cela ne signifie pas, pour autant, qu'il constitue un élément révélateur de l'existence d'une hiérarchie au sein des droits fondamentaux ».

¹⁶⁹⁵ G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme, op. cit.*, p. 48 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 126 et s., p. 150 et s. ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 312 et 313.

¹⁶⁹⁶ V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 247.

¹⁶⁹⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-6, p. 201.

¹⁶⁹⁸ V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 245.

¹⁶⁹⁹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-6, p. 201, bien qu'il existe des « cas limites ».

¹⁷⁰⁰ V. Goesel-Le Bihan, « Réflexion iconoclaste... », *art. préc.*, spéc. p. 245.

¹⁷⁰¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-6, p. 201, *idem*.

¹⁷⁰² B. Mathieu, *Les « validations » législatives, op. cit.*, note de bas de page n° 4, p. 204.

2. Les limites du contrôle de l'intérêt général

400. Le refus de la « substitution d'objectifs ». Le contrôle de l'objectif poursuivi par le Conseil constitutionnel n'est pas dépourvu de limites : il se refuse à proposer un objectif alternatif à celui choisi par le législateur ; il ne procède à aucune « substitution d'objectifs »¹⁷⁰³. Cette posture est assumée dans sa jurisprudence : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement, de substituer son appréciation à celle du législateur sur le choix de poursuivre de tels objectifs »¹⁷⁰⁴.

401. Le refus du contrôle explicite de contrôler le détournement de pouvoir. Le détournement de pouvoir se définit comme la « [critique] de la légalité d'une décision [...] à raison du *but* en vue duquel son auteur a agi »¹⁷⁰⁵ ; c'est donc le but poursuivi qui est source d'illégalité. Dans l'office du juge administratif, le détournement de pouvoir peut par exemple se manifester par la poursuite de l'intérêt privé de celui qui prend la décision ou encore, d'un intérêt public étranger à ceux que l'institution concernée est autorisée à poursuivre¹⁷⁰⁶. On distingue la vision « objective » de la vision « subjective » du détournement de pouvoir : le détournement de pouvoir « subjectif » est en réalité une difficulté de cohérence dans l'élaboration même de l'acte contrôlé – des telles mesures ne peuvent pas raisonnablement poursuivre un tel objectif, ce qui s'apparente à une forme de « mauvaise foi » de l'auteur de l'acte – tandis que la composante objective du détournement de pouvoir s'attache à examiner si l'objectif choisi par l'autorité pouvait effectivement être poursuivi dans l'exercice de son pouvoir¹⁷⁰⁷ – c'est l'exemple de l'administration qui poursuivrait un intérêt privé au lieu de poursuivre un intérêt public¹⁷⁰⁸. Aussi dans sa composante objective, le contrôle du détournement de pouvoir prend-il la forme du contrôle de « l'erreur dans la détermination du but », autrement dit, d'une sorte d'erreur de droit¹⁷⁰⁹. Si le contrôle subjectif du détournement de pouvoir existe devant le juge administratif ainsi que devant la Cour européenne des droits

¹⁷⁰³ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 778 et s., p. 360 et s.

¹⁷⁰⁴ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-7, p. 202. *Contra* A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 81. La formulation se rattache également à l'approche « restreinte » de l'examen de la nécessité dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel : s'il peut parfois proposer une mesure moins attentatoire, il ne propose pas objectif alternatif (v. *supra*, n° 213).

¹⁷⁰⁵ B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 1154, p. 1555.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, n° 1154, p. 1555 et 1556.

¹⁷⁰⁷ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, n° 58.

¹⁷⁰⁸ B. Plessix, *Droit administratif général op. cit.*, n° 1154, p. 1555 et 1556.

¹⁷⁰⁹ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, n° 58 et 61.

de l'homme, à travers l'application de l'article 18¹⁷¹⁰, il n'est pas exercé en tant que tel par le Conseil constitutionnel¹⁷¹¹. Toutefois, l'analyse de l'objectif poursuivi¹⁷¹², de même que celui des motifs, de droit ou de fait¹⁷¹³, ou encore le contrôle de la sincérité de la loi de finances, s'apparentent à des formes d'examen du détournement de pouvoir¹⁷¹⁴.

402. Le contrôle de proportionnalité, moyen détourné d'examen du détournement de pouvoir. Il appert donc que le Conseil constitutionnel procède à une forme d'« autolimitation » dans le contrôle de l'enjeu d'intérêt général¹⁷¹⁵. Cependant, l'analyse du détournement de pouvoir pourrait rejaillir au stade du contrôle de proportionnalité¹⁷¹⁶ ; le Conseil l'utiliserait en effet pour « se livrer à un contrôle approfondi de la finalité poursuivie »¹⁷¹⁷, par le truchement du contrôle de l'adéquation et de la « cohérence interne »¹⁷¹⁸, qui lui permet de vérifier que le moyen employé permet effectivement d'atteindre l'objectif poursuivi¹⁷¹⁹. Par exemple, dans une décision du 28 décembre 1995, le Conseil estima « qu'eu égard aux sommes concernées et aux conditions générales de l'équilibre financier du budget annexe de l'aviation civile qui n'étaient pas susceptibles d'être affectées en l'espèce, *la seule considération d'un intérêt financier* lié à l'absence de remise en cause des titres de perception concernés *ne constituait pas un motif d'intérêt général autorisant le législateur à faire obstacle aux effets d'une décision de justice déjà intervenue et le cas échéant d'autres à intervenir* »¹⁷²⁰. Dès lors que le Conseil contrôle le contenu de l'objectif poursuivi et procède à

¹⁷¹⁰ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, ° 62 et 64 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 161, p. 210 ; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, n° 475, p. 294. Sur l'article 18, v. *supra*, n° 66.

¹⁷¹¹ M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 42 et 43 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 161, p. 210 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 229.

¹⁷¹² V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 162, p. 212 ; v. également M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 34.

¹⁷¹³ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 69.

¹⁷¹⁴ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 163, p. 213. V. Cons. const., 29 déc. 2004, n° 2004-511 DC, cons. 2 à 8, et le commentaire officiel ; Cons. const., 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC, cons. 2 à 10 et le commentaire officiel.

¹⁷¹⁵ G. Merland, *thèse préc.*, p. 286.

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 286.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 283.

¹⁷¹⁸ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76 : l'auteur utilise notamment l'exemple du principe d'égalité ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 44 ; M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 37 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, n° 58 et 61.

¹⁷¹⁹ G. Merland, *thèse préc.*, p. 271 ; V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 162, p. 211 et 212 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 283 : le contrôle de proportionnalité permettrait ainsi selon cet auteur de « pallier les lacunes du contrôle de la condition d'intérêt général » ; et plus loin, p. 286 : « le contrôle de proportionnalité permet ainsi de pallier l'autolimitation du juge dans son contrôle de la justification de l'atteinte ».

¹⁷²⁰ Cons. const., 28 déc. 1995, n° 95-369 DC, cons. 35, nous soulignons, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 286.

l'examen de proportionnalité, il se rapproche du détournement de pouvoir¹⁷²¹. C'est ainsi qu'il lui arrive occasionnellement de démasquer le manque de sincérité du but affirmé par le législateur¹⁷²². Le contrôle de l'adéquation constituerait en quelque sorte une compensation de l'absence de contrôle du détournement de pouvoir¹⁷²³, dans sa composante objective¹⁷²⁴. Dès lors, la seule situation qui pourrait faire échapper la loi au contrôle relatif, à l'intérêt général d'une part, et à la proportionnalité d'autre part, serait la poursuite de « finalités inavouées », dès lors qu'elles seraient indétectables par le juge¹⁷²⁵.

403. Le refus du contrôle de l'opportunité de la loi ? L'opportunité, devant le juge administratif, s'oppose à la légalité¹⁷²⁶, en ce qu'elle correspond à « l'ensemble des considérations d'intérêts, d'utilité et de justice amenant une autorité à faire tel acte ou à donner telle solution à une affaire dont elle est saisie »¹⁷²⁷. Devant le Conseil constitutionnel,

¹⁷²¹ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 162, p. 211, v. Cons. const., 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, cons. 46 et 47.

¹⁷²² V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 162, p. 211 et 212 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 271 : « le recours à la condition de l'adéquation se révèle un moyen précieux pour encadrer le pouvoir du législateur dans le choix des objectifs qu'il s'assigne et détecter un éventuel vice du détournement de pouvoir au cas où le législateur poursuivrait secrètement des objectifs autres que ceux affichés ». Sur ce point, v. aussi J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 568, p. 256 : « Le contrôle de l'intérêt général peut s'opérer autrement que par une appréciation du seul contenu de l'objectif auquel il se rattache. La mise en relation de cet objectif avec le moyen correspondant permet d'objectiver le contrôle de l'intérêt général. Plus que de révéler la teneur du dispositif, cet examen met en lumière la suffisance ou du moins l'existence de l'intérêt général. Cette fois, l'intérêt général n'est pas apprécié de façon absolue, c'est-à-dire pris isolément mais de manière relative, à travers la relation entre le moyen et l'objectif auquel il s'attache. [...] L'appréciation de l'intérêt général est moins la résultante d'une opération de mise en relation entre le moyen et l'objectif qui le révèle, que d'une comparaison entre le contenu de l'objectif législatif et la conception que le Conseil constitutionnel se fait de l'intérêt général. Le constat d'une incohérence dans le lien qui unit le moyen à l'objectif révèle un doute sur l'intérêt général censé y être attaché » ; v. aussi V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 53 : « Certes, le contrôle reste un contrôle des motifs, mais comme celui exercé dans l'arrêt *Barel* où l'erreur de droit sanctionnée par le Conseil d'État n'était que l'habit d'apparat – plus convenable en l'occurrence – d'un véritable détournement de pouvoir », sous couvert de contrôle de proportionnalité, on se rapproche du détournement de pouvoir. Adde B. Mathieu, *Les « validations » législatives*, *op. cit.*, p. 204 : est ainsi exercé un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du lien entre le but et l'objectif, « ainsi le juge se réserve le droit de censurer un éventuel détournement de pouvoir commis par le législateur ; le détournement de pouvoir résultant d'une discordance entre les fins que le législateur devait constitutionnellement poursuivre et celles qu'il a effectivement poursuivies » (p. 202). V. aussi A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 86 : « En définitive, ce contrôle de cohérence interne de la loi permet au Conseil constitutionnel d'exercer son contrôle sans pour autant procéder à un véritable contrôle de la finalité de la loi. Il se refuse toujours à apprécier l'opportunité ou le but de la loi. Mais le contrôle de cohérence est susceptible de constituer un succédané du détournement de pouvoir et de la pertinence de la loi adoptée. En même temps, l'intensité du contrôle est modulée en fonction du type d'intérêt général invoqué, le Conseil se limitant dans certains cas à un contrôle restreint, tandis qu'il se livre dans d'autres hypothèses à un contrôle plus poussé ».

¹⁷²³ G. Merland, *thèse préc.*, p. 286.

¹⁷²⁴ Puisqu'il s'agit ainsi d'un contrôle objectif, entre les différents éléments qui composent la loi, sans atteinte à la composante subjective de la décision du législateur. V. A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 77, sur la « cohérence interne » de la norme.

¹⁷²⁵ G. Merland, *thèse préc.*, p. 286. Le juge devant, on l'a dit, une fois l'objectif de la règle identifié, vérifier qu'il correspond bien à l'objectif réellement poursuivi par la règle.

¹⁷²⁶ D. Lochak, « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, D. Rousseau et F. Sudre (dir.), Actes du colloque de Montpellier, 20 et 21 janv. 1989, p. 77 et s., spéc. p. 78.

¹⁷²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Opportunité », p. 715.

l'opportunité s'opposerait à la « pure » constitutionnalité de la loi¹⁷²⁸. L'opportunité se rattache au degré de pouvoir discrétionnaire dont dispose celui qui prend la décision, autrement dit, à la part de liberté de celui qui statue et dont la solution n'est pas dictée par une norme supérieure¹⁷²⁹. En effet, si l'office du juge administratif lui impose de contrôler la légalité de l'acte administratif, il ne saurait, en principe, en examiner l'opportunité¹⁷³⁰. Bien qu'il « s'en défende »¹⁷³¹ et malgré l'importance de la marge de manœuvre du législateur en raison de la nature de ses fonctions, la question a pu se poser de savoir si le Conseil constitutionnel contrôlait l'opportunité de la loi, même implicitement¹⁷³². Car, malgré l'interdiction de principe faite au juge administratif de contrôler l'opportunité de l'acte administratif, la pratique peut révéler des indices contraires, ne serait-ce que parce que la norme invite à une forme de contrôle de l'opportunité¹⁷³³. En outre, le contrôle des garanties légales des exigences constitutionnelles¹⁷³⁴, et plus encore celui de la proportionnalité¹⁷³⁵ et de l'intérêt général¹⁷³⁶, ne confinent-ils pas au contrôle de l'opportunité¹⁷³⁷ ? Plus généralement, n'y a-t-il pas « toujours de l'opportunité dans le contrôle »¹⁷³⁸ ? Le Conseil semble cependant réservé et rappelle régulièrement la compétence du législateur dans ses décisions.

C. La mise en œuvre de l'intérêt général dans le contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel

404. Un contrôle de l'intérêt général abstrait. Le Conseil constitutionnel procède à un contrôle de l'intérêt général exclusivement abstrait¹⁷³⁹. En effet, il ne s'intéresse pas à

¹⁷²⁸ D. Lochak, « Le contrôle de l'opportunité... », *art. préc.*, spéc. p. 78.

¹⁷²⁹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1159, p. 1560 et s.

¹⁷³⁰ D. Lochak, « Le contrôle de l'opportunité... », *op. cit.*, spéc. p. 78. Sur les liens avec le pouvoir discrétionnaire, v. A. Bockel, « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 43 et s., spéc. p. 44. Sur la différence entre discrétionnaire et arbitraire, v. T. Desmoulin, *L'arbitraire – Histoire et théorie – Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, F. Saint-Bonnet (dir.), thèse dactyl. Paris II, 2018, p. 34 et s. : selon certains auteurs, « l'arbitraire désignerait un usage illégitime et inacceptable, d'un pouvoir discrétionnaire », il n'y aurait ainsi pas de différence « juridique » mais une simple différence « morale ». Pour d'autres, la distinction est « politique ». V. aussi D. Lochak, « Le contrôle de l'opportunité... », *op. cit.*, spéc. p. 78. V. aussi X. Philippe, *thèse préc.*, p. 152.

¹⁷³¹ D. Lochak, « Le contrôle de l'opportunité... », *op. cit.*, spéc. p. 85.

¹⁷³² *Ibid.*, spéc. p. 92.

¹⁷³³ *Ibid.*, spéc. p. 79.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, spéc. p. 100.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, spéc. p. 114 ; X. Philippe, *thèse préc.*, p. 151 : l'auteur souligne que l'opportunité entretient des liens avec la proportionnalité : elles appellent toutes deux une idée de convenance, mais ce n'est pas parce qu'une mesure est proportionnée qu'elle est opportune.

¹⁷³⁶ D. Lochak, « Le contrôle de l'opportunité... », *op. cit.*, spéc. p. 104.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, spéc. p. 100.

¹⁷³⁸ P. Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, colloque 21 et 22 janv. 1988, Montchrestien, p. 269 et s., spéc. p. 272 et 295.

¹⁷³⁹ *Contra* défendant la « subjectivisation du contrôle », v. J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*, spéc. p. 31 : parle de l'effet pervers de la subjectivisation du filtrage par la Cour de cassation, car elle introduit de la subjectivité avec son filtrage, là où il ne devrait pas y en avoir.

l'application de la loi ; il ne contrôle cette dernière que détachée du cas particulier. Par conséquent la qualification qu'il opère de l'intérêt général est nécessairement abstraite et doit s'effectuer en premier lieu dans la recherche des objectifs de la loi.

405. Le contrôle de la qualité de la loi : un contrôle l'adéquation systématique.

La première caractéristique du contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel est la recherche systématique de l'adéquation de la loi¹⁷⁴⁰. Une telle utilisation de l'intérêt général, employé ici pour vérifier la « cohérence »¹⁷⁴¹ de la règle édictée, montre que le Conseil dirige principalement son contrôle sur la qualité « interne » de la loi¹⁷⁴². Le contrôle est ainsi dans un premier temps détaché de toute référence aux droits fondamentaux. Il se manifeste par différentes formulations dans les décisions. Tout d'abord, le Conseil peut employer l'expression « le législateur a entendu » : au-delà du rappel de l'objectif poursuivi, cette expression permet de rappeler le lien qui existe entre la mesure et son objectif. Par exemple, dans la décision du 13 juillet 2011 relative à la contestation de l'attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire, le Conseil jugea qu'« en permettant l'attribution forcée prévue par le 2° de l'article 274, le législateur a entendu faciliter la constitution d'un capital, afin de régler les effets pécuniaires du divorce au moment de son prononcé » et « que le législateur a également entendu assurer le versement de la prestation compensatoire » ; par conséquent, « l'objectif poursuivi de garantir la protection du conjoint dont la situation économique est la moins favorisée et de limiter, autant que possible, les difficultés et les contentieux postérieurs au prononcé du divorce constitue un motif d'intérêt général »¹⁷⁴³. Ainsi, par le rappel de l'intention du législateur en lien avec la mesure prise, ainsi qu'avec l'objectif d'intérêt général, le Conseil procède implicitement à la vérification de l'adéquation de la mesure. Il peut ainsi occasionnellement refuser de constater l'adéquation, comme dans une décision de 2013, fondée sur un grief de violation de la liberté d'entreprendre : la mesure « port[ait] aux exigences découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789, notamment à la liberté d'entreprendre, une atteinte qui n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général en lien direct avec l'objectif poursuivi »¹⁷⁴⁴. De même, dans la décision concernant la loi de finances pour 2010, le Conseil

¹⁷⁴⁰ V. *supra*, n° 212.

¹⁷⁴¹ Sur cette expression, v. not. A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76 : l'auteur utilise notamment l'exemple du principe d'égalité ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 44 ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s.

¹⁷⁴² De même, A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76 ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 44 ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s.

¹⁷⁴³ Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC, cons. 6, nous soulignons.

¹⁷⁴⁴ Cons. const., 24 mai 2013, n° 2013-317 QPC, cons. 10, nous soulignons ; v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 168, p. 217.

estima que « par leur importance, les régimes d'exemption totale institués par [...] la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »¹⁷⁴⁵. Le Conseil procède ainsi précisément au contrôle de l'harmonie logique de la loi.

406. Deuxième élément du contrôle : la proportionnalité au sens strict à travers la vérification de l'existence de garanties. Le contrôle de proportionnalité au sens strict devant le Conseil constitutionnel se manifeste souvent par la vérification de l'existence de garanties des exigences constitutionnelles¹⁷⁴⁶. Il s'agit en effet, une fois l'atteinte constatée, de vérifier qu'elle se trouve « compensée »¹⁷⁴⁷, voire atténuée, par des garanties, le plus souvent procédurales, de nature à compléter la loi et éviter tout abus. Le raisonnement ressemble donc à une sorte de mise en balance des intérêts de nature à respecter les objectifs de la loi, par l'analyse des effets de la mesure et la pesée de ses inconvénients. L'intérêt général poursuivi est donc respecté dans toute son importance : ni la mesure, ni l'objectif ne sont remis en cause ; seuls les effets de la loi, au moyen de protections collatérales, sont examinés. Ainsi, dans une décision de 2012 relative à l'anonymat de la mère dans le cadre de l'accouchement sous X, contesté en raison du droit d'accès aux origines, le Conseil estima tout d'abord que la règle était adéquate au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle¹⁷⁴⁸. Puis il énonça les garanties prévues par le dispositif : d'une part, l'information des femmes qui souhaitent avoir recours au dispositif quant à ses implications et ses conséquences¹⁷⁴⁹ ; d'autre part, la possibilité pour la mère de lever le secret¹⁷⁵⁰, y compris à la demande de l'enfant¹⁷⁵¹, afin de lui permettre d'avoir

¹⁷⁴⁵ Cons. const., 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC, cons. 82, nous soulignons ; v. V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 168, p. 217.

¹⁷⁴⁶ R. Boust, « Contrôle constitutionnel... », *art. préc.*, n° 44.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, n° 44.

¹⁷⁴⁸ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 6 : « en garantissant [...] un droit à l'anonymat et la gratuité de la prise en charge lors de l'accouchement dans un établissement sanitaire, le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfants » ; il a par conséquent « poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé » (nous soulignons).

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, cons. 7 : « la loi du 22 janvier 2002 susvisée a donné une nouvelle rédaction de l'article L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles afin, notamment, que les femmes qui accouchent en demandant le secret de leur identité soient informées des conséquences juridiques qui en résultent pour l'enfant ainsi que de l'importance, pour ce dernier, de connaître ses origines et qu'elles soient incitées à laisser des renseignements sur leur santé, celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de sa naissance ».

¹⁷⁵⁰ *Ibid.* : « les dispositions de l'article L. 147-6 du même code, issues de cette même loi, organisent les conditions dans lesquelles le secret de cette identité peut être levé, sous réserve de l'accord de la mère de naissance ».

¹⁷⁵¹ *Ibid.* : « cet article confie [...] au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles la tâche de rechercher la mère de naissance, à la requête de l'enfant, et de recueillir, le cas échéant, le consentement de celle-ci à ce que son identité soit révélée ou, dans l'hypothèse où elle est décédée, de vérifier qu'elle n'a pas exprimé de volonté contraire lors d'une précédente demande ».

accès à ses origines¹⁷⁵². Il en conclut que les dispositions « n'ont pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles »¹⁷⁵³.

407. La proportionnalité au sens strict contrôlée sans la vérification explicite des garanties légales des exigences constitutionnelles : une proportionnalité sans véritable mise en balance de l'intérêt général. Le Conseil n'utilise pas exclusivement la recherche des garanties légales des exigences constitutionnelles pour déterminer si la mesure est proportionnée. Il peut par exemple analyser son champ d'application, comme ce fut le cas pour la décision du 12 mars 2021 relative aux incapacités de recevoir de l'ancienne version de l'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles, qui interdisait aux personnes travaillant dans des établissements de soins spécialisés, y compris bénévolement, de recevoir des donations ou legs de la part des résidents. Dans la décision, le Conseil commence par qualifier le but d'intérêt général et vérifier l'adéquation de la mesure¹⁷⁵⁴. Ensuite, il constate la disproportion en analysant son champ d'application : « il ne peut se déduire du seul fait que les personnes auxquelles une assistance est apportée sont âgées, handicapées ou dans une autre situation nécessitant cette assistance pour favoriser leur maintien à domicile que leur capacité à consentir est altérée »¹⁷⁵⁵, ainsi qu'à l'impossibilité d'apporter la preuve contraire¹⁷⁵⁶. De même, dans une décision ultérieure contestant une incapacité similaire de recevoir prévue à l'article 909 du code civil, le Conseil constate le but d'intérêt général et l'adéquation de la mesure¹⁷⁵⁷ et se fonde sur le champ d'application pour conclure, à l'inverse de la solution précédente, que l'atteinte au droit de propriété apparaît proportionnée¹⁷⁵⁸. Le Conseil peut s'intéresser enfin aux effets de la mesure pour constater sa disproportion : sur l'attribution forcée d'un bien en pleine propriété à titre de prestation compensatoire, il procéda tout d'abord

¹⁷⁵² Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 7 : « le législateur a ainsi entendu faciliter la connaissance par l'enfant de ses origines personnelles ».

¹⁷⁵³ *Ibid.*, cons. 8.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, cons. 7 : « En instaurant l'interdiction contestée, le législateur a entendu assurer la protection de personnes dont il a estimé que, compte tenu de leur état et dans la mesure où elles doivent recevoir une assistance pour favoriser leur maintien à domicile, elles étaient placées dans une situation particulière de vulnérabilité vis-à-vis du risque de captation d'une partie de leurs biens par ceux qui leur apportaient cette assistance. Il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général » (nous soulignons).

¹⁷⁵⁵ Cons. const., 12 mars 2021, n° 2020-888 QPC, cons. 8 à 11 : « les services à la personne définis au 2° de l'article L. 7231-1 du code du travail recouvrent une multitude de tâches susceptibles d'être mises en œuvre selon des durées ou des fréquences variables. Le seul fait que ces tâches soient accomplies au domicile des intéressées et qu'elles contribuent à leur maintien à domicile ne suffit pas à caractériser, dans tous les cas, une situation de vulnérabilité des personnes assistées à l'égard de ceux qui leur apportent cette assistance » (nous soulignons).

¹⁷⁵⁶ *Ibid.* : « l'interdiction s'applique même dans le cas où pourrait être apportée la preuve de l'absence de vulnérabilité ou de dépendance du donateur à l'égard de la personne qui l'assiste. Il résulte de tout ce qui précède que l'interdiction générale contestée porte au droit de propriété une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi » (nous soulignons).

¹⁷⁵⁷ Cons. const., 29 juill. 2022, n° 2022-1005 QPC, cons. 5.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, cons. 8.

à ce qui ressemble à une vérification des garanties, sans toutefois les nommer comme telles¹⁷⁵⁹. Puis il ajouta que « l'atteinte au droit de propriété qui résulte de l'attribution forcée prévue par le 2° de cet article *ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi* que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital »¹⁷⁶⁰. Le contrôle de proportionnalité au sens strict peut enfin prendre la forme d'un contrôle manifeste de la « conciliation » effectuée : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la *conciliation* qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt supérieur de l'enfant remis au service de l'aide sociale à l'enfance, entre le droit des parents de naissance de mener une vie familiale normale et l'objectif de favoriser l'adoption de cet enfant, *dès lors que cette conciliation n'est pas manifestement déséquilibrée* »¹⁷⁶¹. Cette analyse, très axée sur la loi elle-même, semble de nature à respecter davantage l'intérêt général et la place qu'a entendu lui donner le législateur.

408. Le contrôle de la nécessité : une forme d'affermissement de l'objectif poursuivi. Même dans l'acception la plus large de la nécessité, qui consiste à vérifier l'absence de mesure moins intrusive pour atteindre le même résultat, ce n'est que la mesure qui est examinée¹⁷⁶² : l'intérêt général n'est pas en cause. La nécessité suppose en effet d'admettre la validité de l'objectif poursuivi. En ce sens, l'examen rejoint le contrôle de l'adéquation : dès lors que le Conseil admet l'intérêt général comme élément « de contrôle »¹⁷⁶³, c'est sans doute qu'il en accepte le contenu. C'est finalement le contrôle de la nécessité qui s'avère le moins développé devant le Conseil constitutionnel : hormis les cas où il est exercé de la manière la plus étendue en raison d'une atteinte très grave à un droit ou à une liberté¹⁷⁶⁴, il est souvent confondu avec celui de la proportionnalité¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁵⁹ Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC, cons. 7 : « l'attribution forcée est ordonnée par le juge qui fixe le montant de la prestation compensatoire ; [...] les parties ont la possibilité de débattre contradictoirement devant ce juge de la valeur du bien attribué ; [...] en vertu de la seconde phrase du 2° de l'article 274 du code civil, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation ».

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, cons. 8, nous soulignons.

¹⁷⁶¹ Cons. const., 7 févr. 2020, n° 2019-826 QPC, cons. 11.

¹⁷⁶² Sur la distinction entre nécessité « restreinte » et son acception plus étendue, v. V. Goesel-Le Bihan, « ...figures récentes », *art. préc.*, n° 50 ; affirmation similaire dans V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.* et *supra*, n° 187.

¹⁷⁶³ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 384, p. 177.

¹⁷⁶⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 187.

¹⁷⁶⁵ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 170, p. 220.

§2. LE CONTRÔLE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE CADRE DU FILTRE DES
QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ

409. Le périlleux rôle de la Cour de cassation en matière de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité. Tout l'art de la Cour de cassation en matière de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité est de jouer son rôle sans excéder sa compétence. Elle doit par conséquent se limiter à un « pré-contrôle »¹⁷⁶⁶, qui peut toutefois la conduire à « interpréter la Constitution »¹⁷⁶⁷ : si « la Cour de cassation est compétente pour déterminer si *par nature* la disposition constitutionnelle et la disposition législative sont en conflit », elle ne l'est pas « pour déterminer si *par son intensité* ce conflit justifie que l'on déclare la disposition législative contraire à la Constitution »¹⁷⁶⁸, la frontière étant extrêmement ténue en pratique¹⁷⁶⁹.

410. Comment la Cour de cassation peut-elle ainsi naviguer dans la pratique du Conseil constitutionnel ? Elle doit prendre en compte sa jurisprudence, tout en restant dans les limites d'un contrôle nécessairement moins poussé et d'une nature institutionnellement distincte. Cette position intermédiaire pourrait expliquer le laconisme de la motivation de la Cour de cassation¹⁷⁷⁰, qui intègre inégalement la méthode du Conseil constitutionnel. On constate tout de même que l'analyse de l'intérêt général de la loi est plus rare dans les décisions de transmission que dans les décisions de refus (A). La pratique générale de la Cour de cassation laisse entrevoir une reprise timide des éléments de la pratique du Conseil (B).

A. La présence rare de l'intérêt général dans les arrêts de filtrage

411. Malgré une présence incontournable de la notion dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle est rare dans la pratique judiciaire de filtrage des questions de

¹⁷⁶⁶ P. Blachère, « Propos introductifs – Un an de politique jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de QPC », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, A. Martinon et F. Petit (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 3 et s., spéc. p. 4.

¹⁷⁶⁷ P. Didier, « L'application de la Constitution par le juge judiciaire en droit des affaires », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, A. Martinon et F. Petit (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 39 et s., n° 9, p. 45.

¹⁷⁶⁸ P. Didier, « L'application de la Constitution... », *op. cit.*, n° 9, p. 45.

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, n° 10, p. 45 : « mise au pied du mur, la Cour de cassation va devoir faire un choix : doit-elle expliciter ce conflit entre les deux dispositions – mais au risque d'être accusée d'empiéter sur les prérogatives du Conseil – ou bien doit-elle couper court à la discussion en ne motivant pas ses décisions ? ». Par exemple, il ne lui est pas possible d'adopter une « interprétation neutralisante », c'est-à-dire de nature à rendre la disposition conforme à la Constitution : J.-Y. Chérot, « Conclusion – Sur le rôle de la Cour de cassation dans le système de la question de constitutionnalité », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, A. Martinon et F. Petit (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 119 et s., n° 4, p. 123. Sur les différentes utilisations qu'elle fait de cette prérogative, en particulier en cas de refus de transmission, v. J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 22 et 23.

¹⁷⁷⁰ Les auteurs soulignent souvent cette pauvreté de motivation, v. par ex. C.-M. Pégliion-Zika, « Chronique de droit privé constitutionnel... », *art. préc.*, n° 5.

constitutionnalité, bien qu'elle soit plus fréquente dans les décisions de refus, dans l'ensemble plus motivées¹⁷⁷¹ (2), que dans celles de transmission (1).

1. Un contrôle de l'intérêt général rare dans les décisions de transmission

412. Un renvoi implicite à la compétence du Conseil constitutionnel. Lorsque la Cour de cassation décide de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, elle s'en remet en réalité à l'appréciation du Conseil constitutionnel quant à la validité de la disposition concernée. C'est sans doute la raison pour laquelle elle semble si rétive à l'analyse de l'intérêt général dans ces situations.

413. Une appréciation parcimonieuse du caractère sérieux. Lorsqu'elle transmet une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation doit veiller à trouver un équilibre entre le respect des exigences de la loi organique et le respect de la compétence du Conseil constitutionnel : elle n'est en effet pas juge du respect de la Constitution au même titre que les Sages. Les décisions montrent ainsi une certaine prudence, que manifeste notamment l'utilisation du conditionnel : « La question présente un caractère sérieux en ce que, ayant pour conséquence de réduire le droit de disposer librement de ses biens, hors tout constat d'inaptitude du disposant, l'article L. 116-4 du code de l'action sociale et des familles *pourrait être de nature à porter atteinte* aux articles 2, 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 28 août 1789 »¹⁷⁷², écrit-elle par exemple au sujet de cet article relatif à certaines incapacités de recevoir et du grief de l'atteinte ainsi portée au droit de propriété. Les formulations soulignent le doute que peut poser la constitutionnalité de la disposition : elle estima ainsi que le mécanisme de l'article 274, 2° du code civil, relatif à l'attribution d'un bien en pleine propriété à titre de prestation compensatoire, « *commande de s'interroger* » sur « la conformité à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui donne pleine valeur constitutionnelle au droit de propriété »¹⁷⁷³. Le mode de rédaction des arrêts témoigne de la posture prudente de la Cour, qui se contente d'évoquer des incertitudes sur la constitutionnalité de la loi. La pratique mériterait toutefois de donner une place plus importante à la question de l'intérêt général.

414. La rareté de la référence à la notion d'intérêt général dans les décisions de transmission. Dans une décision de transmission d'une question prioritaire de

¹⁷⁷¹ Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité, 2018, en ligne, p. 14.

¹⁷⁷² Civ. 1^{re}, 18 déc. 2020, n° 20-40.060, §8, décision de renvoi de Cons. const., 12 mars 2021, n° 2020-888 QPC (nous soulignons).

¹⁷⁷³ Civ. 1^{re}, 17 mai 2011, n° 11-40.005, (nous soulignons) décision de renvoi de Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC.

constitutionnalité du 17 décembre 2021¹⁷⁷⁴ portant sur la conformité à la Constitution de l'article L. 114-1 du code des assurances prévoyant la prescription biennale pour les actions dérivant du contrat d'assurance, la Cour de cassation transmet en estimant que « la différence ainsi instaurée ne semble pas justifiée par un motif d'intérêt général »¹⁷⁷⁵. La Cour se prononce donc sur la présence d'un motif d'intérêt général de nature à justifier la différence de traitement et donc par extension, la règle contestée. Cependant, l'étude de la jurisprudence relative au filtre des questions prioritaires de constitutionnalité montre que la Cour de cassation ne fait que très rarement mention de l'intérêt général ou d'une quelconque référence implicite à la notion. Tout se passe comme si, ayant décidé de renvoyer la question à l'appréciation du Conseil constitutionnel, elle se gardait elle-même de tout contrôle, laissant à l'institution compétente le soin de l'exercer. Elle se contente donc d'émettre un doute sur la constitutionnalité de la disposition pour justifier sa transmission, dans une motivation souvent assez courte, laissant toute latitude au Conseil pour statuer. Elle évite ainsi de se prononcer sur les critères de constitutionnalité et notamment, l'intérêt général.

415. Le contrôle de proportionnalité substitué au contrôle de l'intérêt général ?

On a pu rencontrer dans des décisions de transmission des traces de ce qui pourrait ressembler à un contrôle de proportionnalité. Par exemple, la question fut posée de la constitutionnalité, au regard du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle, de l'article L. 142-4 du code rural et de la pêche maritime, tel qu'interprété par la jurisprudence, en ce qu'il ne prévoyait pas de sanction à l'absence de respect du délai de rétrocession de cinq ans accordé à la SAFER dans le cadre de son droit de préemption.¹⁷⁷⁶ La Cour de cassation estima que « les questions posées présentent un caractère sérieux dès lors que l'absence de sanction du dépassement du délai de cinq ans laissé à la SAFER pour rétrocéder le bien est *susceptible de porter une atteinte disproportionnée* au droit de propriété et aux libertés contractuelle et d'entreprendre »¹⁷⁷⁷. Usant comme à son habitude d'une formule circonspecte, la Cour évoque la nécessité d'une proportionnalité dans l'atteinte aux droits et libertés¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁴ Cons. const., 17 déc. 2021, n° 2021-957 QPC.

¹⁷⁷⁵ Civ. 2^e, 7 oct. 2021, n° 21-13.251.

¹⁷⁷⁶ Civ. 3^e, 9 mars 2018, n° 17-23.567, décision de renvoi de Cons. const., 25 mai 2018, n° 2018-707 QPC.

¹⁷⁷⁷ *Idem*, (nous soulignons).

¹⁷⁷⁸ Il convient cependant de souligner que, dans ce cas précis, la formulation des questions posées par les requérants invitait à l'emploi d'un tel vocabulaire : elle s'interrogeait directement sur la proportionnalité des atteintes portées par la loi aux droits et libertés considérées. Ainsi, le recours à une expression de la proportionnalité peut éventuellement dépendre de la formulation de la question : sans doute une question interrogeant seulement l'atteinte et non sa proportionnalité, comme c'est fréquemment le cas, appellera moins l'analyse de la proportionnalité devant la Cour de cassation. La Cour de cassation n'est cependant pas liée par la formulation de la question : il arrive qu'elle évoque la proportionnalité bien qu'elle ne soit pas évoquée par les parties ; ce fut le

2. Un contrôle sommaire dans les décisions de refus

416. Une présence occasionnelle de l'intérêt général pour justifier un refus de transmission : l'exemple du principe d'égalité. Si l'intérêt général ne se rencontre que très peu dans des décisions de transmission de question prioritaire de constitutionnalité, on le trouve parfois pour justifier le refus de transmission¹⁷⁷⁹. Dans un arrêt du 3 octobre 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation refusa de transmettre une question concernant la combinaison des articles 2224 du code civil et L. 111-4 du code des procédures civiles d'exécution, à laquelle il était fait grief de porter atteinte à l'égalité devant la loi¹⁷⁸⁰. La Cour de cassation, tout en effectuant un contrôle très proche des critères employés par le Conseil constitutionnel pour se prononcer sur une atteinte au principe d'égalité, estime que : « la question ne présente pas un caractère sérieux » puisque « les dispositions législatives critiquées, [...] qui *ne s'oppose[nt] pas à ce que des situations différentes soient réglées de façon différente*, dès lors que *cette différence de traitement est en rapport direct avec la loi qui l'établit* », répondent « à des *objectifs d'intérêt général* de protection du débiteur en incitant les créanciers à agir rapidement »¹⁷⁸¹. Il semble que la Cour de cassation procède ainsi à un

cas dans le contexte de la contestation de l'article 414-1 du code civil relative à la nullité pour insanité d'esprit (Civ. 1^{re}, 7 nov. 2012, n° 12-40.068, décision de renvoi de Cons. const., 17 janv. 2012, n° 2012-288 QPC).

¹⁷⁷⁹ Nous ne développerons pas ici la question des raisons des refus de transmission. Sur ce point, v. J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 22, 23, 24 et 27. V. aussi *Le non-renvoi des QPC – Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2018 : V. Bonnet et A. Fautré-Robin, « Le non-renvoi des QPC en droit des personnes et de la famille », p. 53 et s., p. 62, 63, 64 et 69 ; I. Parachkévova-Racine, « Le non-renvoi des QPC en droit des affaires », p. 103 et s., spéc. p. 106 et 108 et p. 110 à 114 ; Y. Blandin, « Le non-renvoi des QPC en droit des biens », p. 87 et s., spéc. p. 99 ; J. Icard, « Le non-renvoi des QPC en droit du travail », p. 115 et s., spéc. p. 127 et s. V. encore P. Le Monnier de Gouville, « QPC et droit pénal », in *Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et droit privé*, L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2019, p. 99 et s., spéc. p. 115 à 117 ; A. Viala, « Les interprétations constitutionnelles du Conseil d'État et de la Cour de cassation », in *La question prioritaire de constitutionnalité – Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, D. Rousseau et P. Pasquino (dir.), Mare et Martin, p. 49 et s., spéc. p. 60.

¹⁷⁸⁰ Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 18-13.828 : l'application combinée des articles avait eu pour effet de refuser l'exécution forcée d'une prestation compensatoire au profit de sa débitrice qui prétendait que le fait de lui refuser le paiement des arriérés de plus de cinq ans alors que le jugement lui donne la possibilité de faire exécuter sa créance pendant dix ans, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, portait atteinte à l'égalité devant la loi.

¹⁷⁸¹ *Ibid.* (nous soulignons) : les dispositions « telles qu'interprétées par la jurisprudence constante de la Cour de cassation, dont il résulte que, si le créancier peut poursuivre pendant dix ans l'exécution du jugement portant condamnation au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande et non encore exigibles à la date à laquelle le jugement a été obtenu, ne portent pas atteinte au principe d'égalité devant la loi » ; le mécanisme imposé par la jurisprudence « contribue à traiter de façon équivalente les créanciers d'une prestation compensatoire allouée sous forme de rente par un jugement de divorce et ceux d'une prestation compensatoire instituée sous la même forme par une convention sous seing privé de divorce par consentement mutuel, laquelle ne bénéficie pas de la prescription de l'article L. 111-4 du code des procédures civiles d'exécution ».

véritable contrôle de constitutionnalité, par l'emploi de la formule classique du Conseil¹⁷⁸² pour refuser de transmettre la question, ce qui est d'autant plus surprenant que cette appréciation porte sur sa propre jurisprudence. Ainsi, elle désigne l'intérêt général, dans son aspect formel et substantiel – objectif « de protection du débiteur en incitant les créanciers à agir rapidement »¹⁷⁸³ – et conclut à l'absence de caractère sérieux de la question. Cependant, ce niveau de détail et la justification de la solution par l'intérêt général ne sont pas systématiques, y compris lorsqu'est en jeu le principe d'égalité. Par exemple, dans un arrêt du 11 avril 2018 concernant la contestation de l'article 206 du code civil qui, selon les requérants, créait une inégalité entre les gendres et belles-filles dont l'époux et les enfants étaient encore en vie et qui devaient par conséquent des aliments à leurs beaux-parents et ceux qui en étaient déchargés, la Cour de cassation estima simplement que « la question posée ne présente pas de caractère sérieux au regard du principe d'égalité dès lors que la différence de traitement qu'elle crée entre les gendres et belles-filles, débiteurs ou créanciers d'aliments de leur beau-père ou belle-mère, selon qu'ils ont ou non des enfants non décédés, repose sur une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi »¹⁷⁸⁴. Ainsi, même dans le cas du principe d'égalité, le recours à l'intérêt général n'est pas systématique.

417. La mention de l'intérêt général en dehors de l'hypothèse d'une atteinte au principe d'égalité. La Cour de cassation a également parfois recours à l'intérêt général pour justifier la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, sans que soit en cause le principe d'égalité. Ce fut notamment le cas dans un arrêt du 5 octobre 2016, qui contestait l'article 29-1 de la loi du 10 juillet 1965 relative à la copropriété et à la désignation d'un administrateur judiciaire en cas de difficultés financières¹⁷⁸⁵. La Cour de cassation estima que la question était dépourvue de caractère sérieux aux motifs : « qu'une telle mesure temporaire, placée sous le contrôle d'un juge, répond à la nécessité de garantir à chacun un logement décent en rétablissant la situation financière et la conservation de l'immeuble, motif d'intérêt général »¹⁷⁸⁶. L'intérêt général est donc cité comme un argument pour refuser de transmettre la question au Conseil. De même, dans un arrêt du 2 novembre 2011, dans lequel les requérants posaient la question de la constitutionnalité, au regard du droit de propriété, des articles 676 et 677 du code civil relatifs à la possibilité d'aménager des jours dans un mur mitoyen, la

¹⁷⁸² J. Colliot, « Prestation compensatoire – Action en recouvrement d'une prestation compensatoire sous forme de rente : refus de QPC », *Dr. fam.* 2019.1.

¹⁷⁸³ Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 18-13.828.

¹⁷⁸⁴ Civ. 1^{re}, 11 avr. 2018, n° 18-40.010.

¹⁷⁸⁵ Civ. 3^e, 5 oct. 2016, n° 16-40.228, 16-40.229, 16-40.230, 16-40.231, 16-40.232 et 16-40.233.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

Cour de cassation estima que : « les dispositions législatives en cause [...] tendent à assurer des relations de bon voisinage par l'édiction de règles de construction proportionnées à cet *objectif d'intérêt général* »¹⁷⁸⁷. Les juges nomment l'intérêt général et qualifient l'enjeu en tant que tel pour justifier le refus de transmission¹⁷⁸⁸.

418. L'absence de recours systématique à l'intérêt général. Le recours à l'intérêt général est loin d'être systématique pour justifier le refus de transmission, ce qui s'explique peut-être par la position de la Cour de cassation dans le mécanisme. Elle se trouve en effet dans la situation délicate de devoir se prononcer sans dépasser les limites de sa compétence : dans un cas, elle doit refuser la transmission en raison de l'absence d'inconstitutionnalité manifeste de la disposition ; dans l'autre cas, elle doit transmettre en raison d'un doute sur la constitutionnalité, mais sans jamais déclarer elle-même la disposition inconstitutionnelle, car cela reviendrait à aller au-delà son office.

B. Une reprise partielle des éléments de contrôle de l'intérêt général par la Cour de cassation

419. La reprise par la Cour de cassation des éléments du contrôle constitutionnel de l'intérêt général est discrète, qu'il s'agisse de la classification des enjeux **(1)** ou des manifestations du contrôle de proportionnalité **(2)**.

1. Une reprise occasionnelle de la classification des enjeux d'intérêt général

420. La reprise inégale par la Cour de cassation de la hiérarchie des enjeux d'intérêt général du Conseil constitutionnel. Si la Cour de cassation refuse la transmission

¹⁷⁸⁷ Civ. 3^e, 2 nov. 2011, n° 11-15.428, nous soulignons.

¹⁷⁸⁸ D'autres exemples pourraient être cités : dans un arrêt du 5 juillet 2018, dans lequel il était fait grief à l'article L. 651-2 du code de la construction et de l'habitation qui prévoit les sanctions en cas de non-respect de la destination d'un local de porter atteinte au droit de propriété, la Cour de cassation qualifie « l'objectif de lutte contre la pénurie de logements destinés à la location dans certaines zones du territoire national » poursuivi par le texte de « motif d'intérêt général » (Civ. 3^e, 5 juill. 2018, n° 18-40.014). Dans un arrêt du 27 avril 2017, dans le cas de la mise en œuvre de la faculté de renonciation aux contrats d'assurance, les juges de la Cour de cassation refusèrent de transmettre la question posée sur le grief à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en invoquant l'intérêt général justifiant la loi : « l'exercice de la faculté prorogée de renonciation prévue à l'article L. 132-5-1 du code des assurances dans sa rédaction issue de la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 et à l'article L. 132-5-2 du même code dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 en l'absence de respect par l'assureur du formalisme informatif édicté par ces textes *répond à l'objectif de protection des consommateurs* en leur permettant d'obtenir les informations nécessaires pour choisir le contrat convenant le mieux à leurs besoins pour profiter d'une concurrence accrue dans un marché unique de l'assurance ; [...] la portée effective conférée à ces dispositions par la jurisprudence constante de la Cour de cassation à laquelle se réfère la question, qui conduit à priver d'efficacité une renonciation déjà effectuée lorsqu'il est établi que l'exercice de cette prérogative a été détourné de sa finalité, garantit le respect du principe général de loyauté s'imposant aux contractants ; [...] dans la mesure où elle repose sur un *motif d'intérêt général en rapport direct avec le but poursuivi par le législateur*, il ne peut être sérieusement soutenu qu'elle affecte une situation légalement acquise dans des conditions contraires à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (Civ. 2^e, 27 avr. 2017, n° 17-40.027, nous soulignons).

de certaines questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel en invoquant l'intérêt général, elle ne semble pas reprendre la jurisprudence relative aux différents enjeux, ni se servir elle-même des objectifs ou principes de valeur constitutionnelle dans sa motivation¹⁷⁸⁹. Quelques exceptions peuvent être citées : la première chambre civile fait mention de l'expression « objectif de valeur constitutionnelle » pour rappeler que « la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité »¹⁷⁹⁰. En outre, dans un refus de transmission, la première chambre civile estima que « la disposition contestée, [...] vise, dans le contexte général de la crise sanitaire, à concilier l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, le principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice et le respect du droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable » et a pour objectif « notamment, d'éviter le report du jugement de certaines affaires »¹⁷⁹¹. Le Conseil donne une grande importance au contexte – et donc à l'intérêt général, en l'occurrence à valeur constitutionnelle – pour refuser de transmettre, en se fondant notamment sur l'existence de garanties légales des exigences constitutionnelles¹⁷⁹². À part ces quelques exceptions, la référence semble rare et plutôt récente¹⁷⁹³. Sa fréquence ne varie pas significativement en fonction de la chambre considérée¹⁷⁹⁴. Annonce-t-elle une évolution avec l'acclimatation de la question prioritaire de constitutionnalité ?

¹⁷⁸⁹ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 277, p. 345.

¹⁷⁹⁰ Par ex. : Civ. 1^{re}, 9 déc. 2015, n° 15-18.771 ; Civ. 1^{re}, 20 janv. 2016, n° 15-40.041 ou encore Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2021, n° 21-40.008.

¹⁷⁹¹ Civ. 1^{re}, 2 déc. 2021, n° 21-16.510. Sur la prise en compte des objectifs de valeur constitutionnelle par la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de la QPC, v. P. de Montalivet, *thèse préc.*, n° 404, p. 229 et n° 869 et s., p. 501 et s.

¹⁷⁹² Civ. 1^{re}, 2 déc. 2021, n° 21-16.510 : « dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire, les dispositions critiquées de l'article 5 de l'ordonnance du 18 novembre 2020 ne conduisent pas à priver de garanties légales l'exercice des droits de la défense, consacrés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». V. aussi sur l'objectif de protection de la santé publique : Civ. 2^e, 8 avr. 2021, n° 20-20.443, §7 : l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire fut invoqué pour refuser de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020, qui prévoit que « les parties sont informées par tout moyen de la décision du juge ou de la formation de jugement de statuer sans audience » et qu'« en l'absence d'opposition formée dans un délai de quinze jours à compter de cette information, la procédure est exclusivement écrite ». Elle estime en effet, en se fondant sur l'intérêt général lié à l'état d'urgence sanitaire que : « la possibilité pour le juge de statuer sans audience en l'absence d'opposition des parties dans un délai de 15 jours vise à favoriser le maintien de l'activité des juridictions civiles, sociales et commerciales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19, poursuit l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribue à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice » (§14).

¹⁷⁹³ À nuancer, v. Civ. 2^e, 13 mai 2015, n° 14-25.812.

¹⁷⁹⁴ Pour la deuxième chambre civile, la pratique est similaire : la référence aux objectifs à valeur constitutionnelle est plutôt récente. Ainsi, dans un arrêt dans lequel était contestée la validité de l'article L. 512-2 du code de la

2. Une reprise discrète du contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel

421. Quelques indices sémantiques sur l'adéquation et le contrôle des garanties légales. La Cour de cassation emploie rarement le vocabulaire du Conseil constitutionnel. Toutefois, on signale quelques utilisations de l'expression « le législateur a entendu » pour expliciter le lien entre une mesure et son objectif, à la manière du Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de l'adéquation¹⁷⁹⁵. En outre, deux arrêts récents employèrent l'expression de « garanties légales des exigences constitutionnelles »¹⁷⁹⁶. Cependant, ces

sécurité sociale, qui « conditionne l'octroi de prestations familiales aux enfants nés à l'étranger de parent titulaire d'un titre de séjour "vie privée et familiale" [...] », la Cour se fonda sur « la conciliation entre sauvegarde de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle et le droit de mener une vie familiale normale » effectuée par le législateur pour entériner la différence de traitement (Civ. 2^e, 17 févr. 2022, n° 21-40.03). Sur une autre disposition du code de la sécurité sociale : Civ. 2^e, 29 sept. 2016, n° 16-40.227. Devant la troisième chambre civile, la pratique est plus axée sur le droit de propriété, a déjà fait mention de l'objectif à valeur constitutionnelle de droit à logement décent, tantôt, en tant que droit ou liberté, pour rappeler son impossibilité à fonder en soi une question prioritaire de constitutionnalité (Civ. 3^e, 9 janv. 2020, n° 19-40.033) ou l'absence d'atteinte disproportionnée qu'il subit (Civ. 3^e, 16 avr. 2015, n° 14-25.381), tantôt, davantage en tant qu'objectif du législateur, pour affirmer que la loi a efficacement effectué « la nécessaire conciliation entre le droit de propriété, droit constitutionnel découlant des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et la possibilité pour toute personne, découlant des exigences constitutionnelles de dignité humaine et de droit à une vie familiale normale, de disposer d'un logement décent, objectif à valeur constitutionnelle, qu'il appartient au législateur de mettre en œuvre » (Civ. 3^e, 20 juin 2019, n° 19-40.010). Enfin, pour la chambre commerciale : Conseil constitutionnel a qualifié un objectif constitutionnel de lutte contre la fraude fiscale, dont on trouve des traces dans la jurisprudence de la chambre commerciale et qui est considérée comme un objectif permettant de porter atteinte à l'égalité (Com., 16 déc. 2020, n° 20-15.505). En outre, la chambre commerciale a parfois recouru au motif impérieux d'intérêt général : « l'intervention du législateur qui s'est borné à rétablir, dans des termes équivalents, des dispositions réglementant la compétence des tribunaux de commerce, qui à la suite d'une maladresse législative, avaient été abrogées, sans que d'autres ne soient venues les remplacer, a répondu ainsi à un impérieux motif d'intérêt général » (Com., 14 déc. 2004, n° 01-10.780, nous soulignons).

¹⁷⁹⁵ Civ. 2^e, 5 nov. 2020, n° 20-11.721, nous soulignons : Elle estima ainsi par exemple qu'« en écartant, dans les litiges relatifs au contentieux de la sécurité sociale et de l'admission à l'aide sociale, la représentation obligatoire par un avocat et en réservant la possibilité, pour les parties, d'être assistées ou représentées, suivant le cas, par un travailleur salarié ou un employeur ou un travailleur indépendant exerçant la même profession ou un représentant qualifié des organisations syndicales de salariés ou des organisations professionnelles d'employeurs, le législateur a entendu tenir compte de la nature de ces litiges et s'est fondé, pour la désignation des personnes habilitées à représenter et à assister les parties, sur des critères objectifs et rationnels, en relation directe avec les objectifs de la loi » ; Soc., 24 juin 2020, n° 20-10.544 : « s'agissant de l'article L. 2142-1 du code du travail, la question n'est pas sérieuse en ce qu'en imposant aux syndicats une obligation de transparence financière, le législateur a entendu permettre aux salariés de s'assurer de l'indépendance, notamment financière, des organisations susceptibles de porter leurs intérêts » (nous soulignons) ; Civ. 1^{re}, 19 janv. 2013, n° 12-21.443 : « en introduisant le salariat, le législateur a entendu diversifier les modes d'exercice professionnel qui sont proposés à titre d'option aux membres du barreau ».

¹⁷⁹⁶ Crim., 5 mai 2021, n° 20-86.278 : « la disposition législative critiquée, ne portant atteinte à aucune situation légalement acquise, ni ne remettant en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations dès lors qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions pour autant qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence, n'est pas davantage contraire au principe de sécurité juridique ». V. aussi Civ. 2^e, 8 avr. 2021, n° 20-20.443, §12, dans lequel était posée la question de la conformité de l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020 qui prévoyait que « que les parties sont informées par tout moyen de la décision du juge ou de la formation de jugement de statuer sans audience et en ce qu'elles prévoient qu'en l'absence d'opposition formée dans un délai de quinze jours à compter de cette information, la procédure est exclusivement écrite », au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatif à la garantie des droits. Les juges estimèrent d'abord qu'« en premier

références sont si rares qu'il serait sans doute imprudent d'y voir une évolution dans la pratique de la Cour de cassation.

422. Conclusion de la section. Le Conseil constitutionnel semble avoir poussé le contrôle de l'intérêt général plus loin que toute autre institution : il en contrôle l'existence et le contenu et procède même à une classification des enjeux en fonction de leur importance. Certains enjeux revêtent ainsi la qualification d'objectifs ou de principes de valeur constitutionnelle, quand d'autres constituent des enjeux « suffisants » ou « impérieux », et que d'autres encore ne sont que de simples objectifs d'intérêt général. Ainsi l'objectif poursuivi constitue-t-il un indice de l'importance du droit ou de la liberté dans la pratique du Conseil constitutionnel. Toutefois, le contrôle n'est pas dépourvu de limites : les Sages refusent la substitution ou la suggestion d'objectifs, ainsi que le contrôle du détournement de pouvoir ou de l'opportunité de la loi à proprement parler. La mise en œuvre du contrôle de proportionnalité révèle un raisonnement axé sur la qualité de la loi, abstrait, et dans l'ensemble respectueux du travail législatif. La Cour de cassation ne reproduit pas à l'identique la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de maniement de l'intérêt général, ce qui ne peut seulement s'expliquer par la différence de rôle institutionnel entre les deux cours. Si elle reprend des éléments de vocabulaire et de raisonnement, sa réticence à procéder à un véritable contrôle de constitutionnalité est décelable dans les arrêts.

423. Le Conseil constitutionnel dispose ainsi d'une panoplie d'outils de contrôle de l'intérêt général, critère explicite de sa jurisprudence et qui fait l'objet d'une hiérarchisation assumée. Il n'en va pas de même de la Cour européenne des droits de l'homme qui, sous l'apparence d'une jurisprudence détaillée, révèle un maniement désordonné d'un intérêt général peu considéré et imparfaitement qualifié.

lieu, l'organisation d'une audience devant les juridictions civiles est *une garantie légale des exigences constitutionnelles* des droits de la défense et du droit à un procès équitable. S'il est loisible au législateur, dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à *priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* ». Après avoir énuméré en détails le fonctionnement de la loi dans les deux paragraphes suivants, la Cour jugea que : « dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire, les dispositions critiquées de l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 20 mai 2020, *ne conduisent pas à priver de garanties légales* l'exercice des droits de la défense et le droit à un procès équitable, consacrés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (nous soulignons).

SECTION 2 : LA LIMITE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ

424. Le développement du contrôle de conventionnalité fut particulièrement spectaculaire dans la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation. Bien que cette dernière ait développé une pratique quant au maniement de l'intérêt général (§1), la Cour de cassation semble encore loin d'avoir adopté sa méthode en termes d'examen de l'intérêt général (§2).

§1. LE CONTRÔLE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

425. La Cour européenne des droits de l'homme est la juridiction qui a poussé le plus loin les raffinements du contrôle de proportionnalité. En fonction de la marge nationale d'appréciation (A), la Cour développe une méthode d'examen de l'intérêt général bien plus sophistiquée qu'il n'y paraît au premier abord (B). Pourtant, la mise en œuvre de l'intérêt général dans le contrôle de proportionnalité, qui entretient l'ambiguïté entre contrôle abstrait et contrôle concret, n'est pas satisfaisante au regard de son importance théorique (C).

A. Le contrôle de la compétence de détermination de l'intérêt général : la marge nationale d'appréciation

426. Le principe de subsidiarité, dont la marge nationale d'appréciation constitue la manifestation jurisprudentielle (1), est susceptible de variations corrélées à l'enjeu d'intérêt général poursuivi (2) et semble assez difficile à prévoir dans ses effets (3). Il entretient cependant un double lien avec l'intérêt général : facteur de variation du niveau de contrôle de l'activité étatique, et donc de l'intérêt général, il dépend simultanément de ce dernier.

1. Principe de subsidiarité, marge nationale d'appréciation et intérêt général

427. **Le principe de subsidiarité : fondement de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation.** Le principe de subsidiarité¹⁷⁹⁷, d'origine jurisprudentielle¹⁷⁹⁸, repose sur l'idée selon laquelle la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme est secondaire par rapport à celle des juridictions

¹⁷⁹⁷ Pour une étude complète, v. S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 669 et s., p. 483 et s.

¹⁷⁹⁸ V. CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni, préc.*, v. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, n° 5. Il s'agit de sa première apparition dans un arrêt de la Cour mais le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck situe son apparition dès la jurisprudence de la Commission : S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 675, p. 486.

nationales pour l'application de la Convention¹⁷⁹⁹ ; les premiers juges de la Convention sont les juges internes¹⁸⁰⁰. La subsidiarité fonde ainsi la retenue que la Cour s'impose dans l'exercice du contrôle des mesures prises par les États. Elle considère en effet que les autorités du pays sont les mieux placées pour apprécier les décisions à prendre dans une situation donnée ; son intervention doit être subsidiaire par rapport à celle des autorités étatiques¹⁸⁰¹, en raison du « contact » que ces dernières entretiennent avec les « forces vives du pays »¹⁸⁰². L'aspect « procédural » du principe de subsidiarité s'incarne dans l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine de la Cour¹⁸⁰³.

428. Du principe de subsidiarité à la marge nationale d'appréciation. Le principe de subsidiarité a pour corollaire la marge d'appréciation des États¹⁸⁰⁴. Évoquée pour la première fois par la Cour dans l'arrêt *Lawless contre Irlande*, la notion se précise à l'occasion de l'*Affaire linguistique belge*¹⁸⁰⁵ : elle correspond à la liberté dont disposent les États pour limiter les droits et libertés protégés par la Convention¹⁸⁰⁶. La notion est en outre liée à la liberté laissée aux États quant à la mise en œuvre du texte¹⁸⁰⁷ : la Cour n'impose pas en principe de mode d'emploi préexistant pour respecter les droits et libertés fondamentaux ; c'est à l'État que revient la charge de décider ce qui est le plus adapté à la situation locale, en vertu du « principe de proximité »¹⁸⁰⁸. La Cour ne doit pas « se substituer aux autorités nationales » dans cette

¹⁷⁹⁹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 5 ; sur la nécessité de ne pas confondre les deux notions B. Pastre-Belda, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH* 2013.251, spéc. p. 265 et 266.

¹⁸⁰⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 140, p. 214.

¹⁸⁰¹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 5.

¹⁸⁰² CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *préc.*, §48 ; V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique"... », *art. préc.*, spéc. p. 477, parle également du « bon sens » qui pousse à considérer que les États sont mieux placés pour appliquer la Convention au regard des circonstances locales.

¹⁸⁰³ A. Debet, *thèse préc.*, n° 93, p. 105.

¹⁸⁰⁴ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 5 ; sur la nécessité de ne pas confondre les deux notions B. Pastre-Belda, « La Cour européenne des droits de l'homme... », *art. préc.*, spéc. p. 265 et 266.

¹⁸⁰⁵ M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000.753, spéc. p. 760.

¹⁸⁰⁶ Sur la distinction entre marge d'appréciation et pouvoir discrétionnaire, v. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 439 et s., p. 259 et s. : s'appuyant sur la doctrine allemande, l'auteur soutient que le pouvoir discrétionnaire résulte d'un choix qui s'attache aux conséquences juridiques de l'acte, tandis que la marge d'appréciation s'apparente davantage au contexte d'adoption de la mesure et implique l'interprétation de notions indéterminées. V. M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation... », *art. préc.*, spéc. p. 758 et 761, sur la distinction effectuée entre « conformité » et « compatibilité ».

¹⁸⁰⁷ V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique"... », *art. préc.*, spéc. p. 478.

¹⁸⁰⁸ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 474, p. 279.

détermination¹⁸⁰⁹. La marge nationale d'appréciation a été, comme on le sait, récemment consacrée dans les textes¹⁸¹⁰.

429. Marge d'appréciation et contrôle de proportionnalité. L'étendue de la marge d'appréciation détermine donc l'intensité du « contrôle du contrôle »¹⁸¹¹ effectué par la Cour européenne sur les choix des États déjà contrôlés par les juges¹⁸¹². L'intensité du contrôle de proportionnalité dépend ainsi de la marge d'appréciation laissée à l'État¹⁸¹³. Elle est corrélée à la possibilité de restriction, par conséquent, elle ne peut pas s'exercer dans le cadre d'un droit absolu auquel nulle restriction ne peut être apportée¹⁸¹⁴.

430. Principe de subsidiarité, marge d'appréciation et intérêt général : le double lien. La marge nationale d'appréciation est étroitement liée à l'intérêt général ; elle concerne

¹⁸⁰⁹ V. Fabre-Alibert, « La notion de “société démocratique”... », *art. préc.*, spéc. p. 479.

¹⁸¹⁰ Par le Protocole additionnel n° 15 : L. Pettiti, « Entrée en vigueur du protocole n° 15 à la Convention : réduction du délai de dépôt des requêtes », *D. actu. eur. proc.*, 26 avr. 2021 : entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 15, le 1^{er} août 2021 en raison de sa ratification par l'Italie le 21 avril de la même année, qui prévoit « 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 [...] ». L'affirmation du caractère « subsidiaire » de l'intervention de la Cour européenne doit être nuancée par l'édiction du protocole n° 16 qui, tout en réaffirmant le principe de subsidiarité, entré en vigueur avant le précédent, dès le 1^{er} août 2018, pour les États qui l'ont ratifié et dont la France fait partie, en raison de conditions moins strictes (il suffisait que dix États y consentent (art. 8, Protocole 16) pour que le protocole entre en vigueur dans les États concernés, tandis que le protocole n° 15 nécessitait le consentement de tous (art. 7, protocole 15)). Le protocole 16 institue une procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de questions de principe concernant l'interprétation de la Convention par les juridictions suprêmes des États (F. Sudre, « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour EDH », *JCP G* 2013.1086, n° 13 et 14). L'objectif serait d'endiguer partiellement le flot des requêtes individuelles devant la Cour (F. Sudre, « La subsidiarité... », *art. préc.*, n° 17). La possibilité de recourir à la Cour européenne afin d'éclairer une interprétation pour les États, la mettant en première ligne de l'interprétation, nuance la consécration officielle du principe de subsidiarité. *Contra* F. Sudre, « La subsidiarité... », *art. préc.*, n° 28 et 29 : l'auteur considère au contraire que la consécration officielle du principe de subsidiarité en lien avec la marge d'appréciation dans le protocole 15 risque de mettre en danger l'effectivité des droits et les autres principes régissant la jurisprudence de la Cour contre la marge d'appréciation et le principe de subsidiarité et ainsi, d'affaiblir la Convention en donnant une place prépondérante aux États. V. aussi F. Sudre, « La Convention européenne des droits de l'homme a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *JCP G* 2018.1036 ; *contra* B. Pastre-Belda, « La Cour européenne des droits de l'homme entre promotion... », *art. préc.*, spéc. p. 256, qui considère que la plus grande retenue de la Cour ne va pas forcément dans le sens d'une moindre protection des droits ; au contraire, elle peut, en laissant une place plus modérée aux droits individuels, garantir mieux la protection des droits.

¹⁸¹¹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 5 ; *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 8 et s.

¹⁸¹² S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 686 et 687, p. 494 et n° 700, p. 503 : elle s'exprime sur le plan « procédural » – les États doivent prévoir des recours et appliquer en premier lieu la Convention en droit interne – autant que « matériel », par la retenue des juges européens, qui suppose tout de même une mise en œuvre de la Convention par les institutions internes.

¹⁸¹³ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 217 et s.

¹⁸¹⁴ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 677 et s., p. 488 et s. Il est à noter que cette marge nationale d'appréciation ne concerne pas exclusivement les droits dotés d'une clause d'ordre public ; d'autres droits, tels que l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, sont également concernés (CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, *préc.*, §75).

en effet la « finalité » et la « nécessité » de la mesure¹⁸¹⁵. L'intérêt général est ainsi l'un des « objets » de la marge nationale d'appréciation¹⁸¹⁶ : celle-ci a pour « fonction » de le « préserver »¹⁸¹⁷. Elle représente la compétence dont disposent les États pour prendre les mesures d'intérêt général de nature à limiter les droits et libertés fondamentaux¹⁸¹⁸. La notion entretient en réalité un double lien avec l'intérêt général : d'une part, elle mesure la latitude des États pour déterminer l'intérêt général ; d'autre part, l'intérêt général poursuivi par l'État constitue l'un des facteurs pour estimer l'étendue de la marge d'appréciation¹⁸¹⁹. Un tel constat est assez logique : plus un intérêt général est important, plus les restrictions aux droits et libertés tolérées en son nom pourront être larges. La marge d'appréciation revêt ainsi un caractère tautologique : critère de liberté de l'État quant au choix des mesures prises dans l'intérêt général, elle est elle-même déterminée par l'intérêt général poursuivi.

2. Variation de la marge nationale d'appréciation et intérêt général

431. Facteurs généraux de variation de la marge nationale d'appréciation.

L'étendue de la marge nationale d'appréciation dépend de nombreux critères susceptibles de se combiner entre eux¹⁸²⁰ : elle varie selon « les circonstances, les domaines et le contexte »¹⁸²¹, la « nature du droit » auquel il est porté atteinte¹⁸²², la gravité de l'ingérence¹⁸²³ et la nature de l'obligation, positive ou négative, imposée à l'État¹⁸²⁴. Elle dépend encore de l'existence d'un

¹⁸¹⁵ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §49.

¹⁸¹⁶ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 436, p. 257.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, n° 473, p. 279.

¹⁸¹⁸ V. aussi D. Truchet, « La notion d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 8 : « la détermination de l'intérêt général est l'affaire de ceux qui prennent des décisions. Ils le font avec la liberté variable dont ils disposent, en particulier s'agissant de l'État, de la marge nationale d'appréciation, que leur accordent les droits européens » ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 140 et 141, p. 214 et 215 : les États sont en effet considérés comme mieux placés pour accepter les circonstances historiques et sociologiques.

¹⁸¹⁹ S. Leturcq, *thèse préc.*, p. 255 ; B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 478, p. 282.

¹⁸²⁰ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 51.

¹⁸²¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 140, p. 214. V. par ex. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, préc., §77.

¹⁸²² S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 714, p. 514 ; V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique"... », *art. préc.*, spéc. p. 481. Ainsi dans le domaine de la presse (CEDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, préc., §43), en matière sexuelle (CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc.) ou de filiation et tout ce qui « touche un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu » (formule classique de la Cour, v. not. en matière de filiation : CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, préc., §56) laissent une marge d'appréciation plus restreinte. À l'inverse, les affaires présentant une technicité particulière (S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 729, p. 521 ; V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique"... », *art. préc.*, spéc. p. 482) sont davantage laissées à l'appréciation des autorités internes.

¹⁸²³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 715, p. 515.

¹⁸²⁴ *Ibid.*, n° 717, p. 516.

consensus¹⁸²⁵ et de la présence d'un « dénominateur commun »¹⁸²⁶, au sein des pays européens, sur la question considérée¹⁸²⁷. Dès lors que les États disposent d'une capacité de limitation des droits fondamentaux, la Cour européenne dispose d'un droit de regard déterminé par la marge nationale d'appréciation. Enfin, la pratique de la Cour européenne révèle que la marge nationale d'appréciation « dépend du but légitime invoqué »¹⁸²⁸. Ainsi l'intérêt général, dont le contenu est déterminé par la marge d'appréciation, « commande » également l'étendue cette dernière¹⁸²⁹.

432. Variation de la marge d'appréciation en fonction du but légitime : la « cause d'utilité publique » du premier paragraphe de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel. La Cour estime par exemple que la détermination de la « cause d'utilité publique », justifiant une privation de propriété, laisse une certaine marge d'appréciation à l'État¹⁸³⁰. En raison de la « connaissance directe de la société et de ses besoins »¹⁸³¹ ainsi que du caractère « ample par nature » de la notion « d'utilité publique »¹⁸³² et du lien qu'elle entretient avec les « questions politiques, économiques et sociales »¹⁸³³, il est « normal » que « le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale »¹⁸³⁴. Le juge européen se contente ainsi d'un contrôle léger, centré sur le caractère raisonnable de l'appréciation : « la Cour respecte la manière dont [l'État] conçoit les impératifs de l'«utilité publique», sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable »¹⁸³⁵. Elle considéra par exemple dans l'arrêt *Draon contre France* que « dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il appartient [...] [aux États membres] de se prononcer les premiers sur l'existence d'un *problème d'intérêt général justifiant des privations*

¹⁸²⁵ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 133 et s., p. 219 et s. et n° 141 à 146, p. 227 à 235 : souligne la difficulté d'emploi de la notion de consensus européen qui, délicate dans sa définition, dans sa mise en œuvre ainsi que dans ses effets, comporte un haut « risque d'instrumentalisation ». V. aussi F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 146, p. 222.

¹⁸²⁶ V. Fabre-Alibert, « La notion de “société démocratique”... », *art. préc.*, spéc. p. 482. V. CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, *préc.*, §77 et *Labassée c. France*, *préc.*, §56.

¹⁸²⁷ On l'observe notamment dans le cas des contrats de gestation pour autrui CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, *préc.*, §56 : « Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte ».

¹⁸²⁸ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 716, p. 515 ; V. Fabre-Alibert, « La notion de “société démocratique”... », *art. préc.*, spéc. p. 480 ; S. Leturcq, *thèse préc.*, p. 255.

¹⁸²⁹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 478, p. 282.

¹⁸³⁰ V. B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 475, p. 280.

¹⁸³¹ CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, *préc.*, §75.

¹⁸³² *Ibid.*, §76.

¹⁸³³ *Ibid.*

¹⁸³⁴ *Ibid.*

¹⁸³⁵ *Ibid.*

de propriété. Dès lors, [ils] jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation »¹⁸³⁶. Elle admet ainsi avec souplesse les buts légitimes invoqués par l'État¹⁸³⁷. Un raisonnement très proche est tenu par la Cour à l'occasion de l'arrêt *Lecarpentier contre France*, qui estime que « grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est "d'utilité publique" », c'est pourquoi « il leur appartient [...] de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général justifiant des privations de propriété. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention »¹⁸³⁸. La substance de la cause d'utilité publique est donc en principe laissée à l'appréciation des États.

433. Variation de la marge d'appréciation en fonction de l'intérêt général : le second paragraphe de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel. Il en va de même pour « l'intérêt général » du second paragraphe de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel¹⁸³⁹ : son appréciation laisse une grande marge d'appréciation à l'État¹⁸⁴⁰. L'arrêt *Richet et Le Ber contre France* de 2010 en est un exemple¹⁸⁴¹. La Cour rappelle qu'elle « reconnaît à l'État une grande marge d'appréciation » en matière de droit des biens, notamment au sujet de la mise en place de mesures, « tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause », l'absence d'équilibre pouvant notamment être caractérisée par la présence d'une « charge spéciale et exorbitante »¹⁸⁴². La détermination de l'intérêt général justifiant les restrictions à l'usage des biens fait donc l'objet d'une importante marge d'appréciation.

434. Variation de la marge d'appréciation en fonction des droits et libertés considérés : la question des buts légitimes justifiant les différences de traitement. La Cour laisse également une certaine latitude aux États quant à la mise en place de différences de

¹⁸³⁶ CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, préc., §75, nous soulignons.

¹⁸³⁷ *Ibid.*, §77 : si « le Gouvernement affirme que l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 procède de motifs d'intérêt général relevant de trois domaines : l'éthique, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l'équité et la bonne organisation du système de santé, [...] la Cour n'a pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu'il désapprouvait et de modifier l'état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une "cause d'utilité publique" ».

¹⁸³⁸ CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c. France*, préc., §43.

¹⁸³⁹ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 475, p. 280.

¹⁸⁴⁰ F. Sudre et al., *Droit européen...*, op.cit., n° 604, p. 918.

¹⁸⁴¹ CEDH, 18 nov. 2010, *Richet et Le Ber c. France*, n° 18990/07 et 23905/07 : la vente de terrains situés sur l'île de Porquerolles à l'État par des particuliers à un prix avantageux avait été conclue sous la condition du maintien de la constructibilité des terrains conservés par les vendeurs, obligation qui n'avait pas été respectée par l'État. Un recours fut formé par les cédants sur le fondement de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel.

¹⁸⁴² CEDH, 18 nov. 2010, *Richet et Le Ber c. France*, préc., §114.

traitement encadrées par l'article 14 de la Convention : « les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement »¹⁸⁴³. Pourtant, cette souplesse n'a pas vocation à s'étendre à tous les domaines. Ainsi dans l'arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni*, dans lequel était contestée une différence d'âge entre les hommes et les femmes pour l'application d'une pension de retraite, elle estima par exemple que les différences fondées sur le sexe doivent être particulièrement motivées¹⁸⁴⁴. Ainsi, la marge d'appréciation se réduit selon le domaine dans lequel la différence de traitement est adoptée : dans certains domaines, elles doivent être justifiées par de « très fortes raisons » et peuvent même être interdites¹⁸⁴⁵.

435. Variation de la marge d'appréciation en raison de la présence d'une question morale ou éthique. La Cour affirme laisser une ample marge d'appréciation aux États dans les domaines qui touchent à des questions morales¹⁸⁴⁶ ou éthiques. Dans la mise en œuvre de l'article 10 relatif à la liberté d'expression face à des considérations morales, la Cour, dans l'arrêt *Sunday Times*, se fonde sur la subjectivité du but poursuivi¹⁸⁴⁷ pour octroyer une plus grande liberté pour l'État. Elle réaffirme cette position plus récemment, au sujet de l'article 8, dans l'arrêt *Labassée*, qui concernait les contrats de gestation pour autrui : « lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large »¹⁸⁴⁸.

436. Variation en fonction de la limite des « droits et libertés d'autrui » : différenciation selon que les droits et libertés sont ou non prévus par la Convention. La Cour estime que les États disposent d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la

¹⁸⁴³ CEDH, 12 avr. 2006, *Stec et al. c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01, §51.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, §52, nous soulignons : « L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte. Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe. D'autre part, une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'État pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale, et la Cour respecte en principe la manière dont l'État conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle "manifestement dépourvu de base raisonnable" ». En l'espèce, elle admet le but légitime poursuivi par l'État : « pour toutes les raisons qui précèdent, la Cour considère que tant la décision politique de mettre fin au versement de la [pension litigieuse] au profit des personnes qui auraient de toute façon cessé d'occuper un emploi rémunéré que le choix, pour atteindre cet objectif, de lier l'âge limite pour la [pension litigieuse] à la "fin de la vie active" théorique ou à l'âge légal de la retraite poursuivaient un but légitime et étaient raisonnablement et objectivement justifiés » (§59).

¹⁸⁴⁵ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 287, p. 453.

¹⁸⁴⁶ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 476, p. 280.

¹⁸⁴⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 145, p. 221.

¹⁸⁴⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, *préc.*, §56. En l'espèce, le refus de transcription de l'acte de naissance dans le contexte d'un contrat de gestation pour autrui était contesté sur le fondement de l'article 8 ; la formule est identique dans l'arrêt *Menesson* (CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, *préc.*, §77).

balance des différents intérêts ainsi que les conflits de droits et libertés¹⁸⁴⁹. Cette amplitude se manifeste particulièrement dans le cadre de la limite d'intérêt général de la « protection des droits et libertés d'autrui », présente dans de nombreuses clauses d'ordre public. La Cour fait varier la marge d'appréciation selon que les « droits et libertés d'autrui » invoqués par les États pour limiter les droits de la Convention sont protégés par la Convention elle-même. Elle en donne une illustration dans l'arrêt *Chassagnou contre France*¹⁸⁵⁰. Ainsi, dans la mise en œuvre du but d'intérêt légitime des droits et libertés d'autrui, le contrôle de la Cour a vocation à varier selon que les droits et libertés protégés par l'intérêt général font – ou non – partie du système de la Convention. D'une manière générale, elle laisse une certaine marge de manœuvre aux États en matière de conflits entre différents droits et intérêts¹⁸⁵¹.

3. Prévisibilité de la marge nationale d'appréciation ?

437. Difficulté de prévoir la marge nationale d'appréciation. Il n'est pas sûr que la marge d'appréciation soit véritablement prévisible : tout se passe finalement comme si la Cour européenne la faisait varier au gré des affaires, notamment au moyen d'une appréciation incertaine de la notion de consensus européen¹⁸⁵² et d'une combinaison improvisée des

¹⁸⁴⁹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 38.

¹⁸⁵⁰ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, *préc.*, §113, nous soulignons : « le seul but invoqué par le Gouvernement pour justifier l'ingérence incriminée est celui de la “protection des droits et libertés d'autrui”. Si ces “droits et libertés” figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également fondés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une “société démocratique”. *La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États 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. *Il en va différemment lorsque des restrictions sont apportées à un droit ou une liberté garantie par la Convention dans le but de protéger des “droits et libertés” qui ne figurent pas, en tant que tels, parmi ceux qu'elle consacre* : dans une telle hypothèse, seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance d'un droit garanti. En l'occurrence, le Gouvernement fait état de la nécessité de protéger ou de favoriser un exercice démocratique de la chasse. À supposer même que le droit français consacre un “droit” ou une “liberté” de chasse, la Cour relève, avec le tribunal administratif de Bordeaux, qu'un tel droit ou liberté ne fait pas partie de ceux reconnus par la Convention qui, en revanche, garantit expressément la liberté d'association » (nous soulignons).

¹⁸⁵¹ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, *préc.*, §113 sur l'article 11.

¹⁸⁵² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 141 à 146, p. 227 à 235 : souligne la difficulté d'emploi de la notion de consensus européen qui, délicate dans sa définition, dans sa mise en œuvre ainsi que dans ses effets, comporte un haut « risque d'instrumentalisation ». Sur « l'instrumentalisation » de la marge nationale d'appréciation, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 146, p. 235. Sur le caractère « fluctuant » du principe de subsidiarité, v. L. Audouy, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, dir. F. Sudre, thèse dactyl. Montpellier, 2015, p. 262 et s. Sur le caractère évolutif de cette notion : P. Théry, « Méthodologie de la réforme », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 38 et s., spéc. p. 40 ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 164, p. 256 : l'auteur écrit que la notion est « en perpétuelle évolution » ; v. aussi n° 317, p. 477. V. aussi J. Garcia Roca, « Dérégulation internationale, imprécision de la marge nationale d'appréciation et procédure raisonnable de décision », *RTDH* 2020.71, n° 8 ; L. Audouy, *thèse préc.*, p. 264 et s. ; D. Szymczak, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 15 et s., spéc. p. 33 et s. ;

différents critères. Tout au plus affirme-t-elle que certains enjeux d'intérêt général peuvent influencer sur le niveau de contrôle, auquel il est impossible de se soustraire complètement.

438. La faible importance de l'intérêt général parmi les facteurs de variation de la marge nationale d'appréciation. Parmi les facteurs de variation de la marge nationale d'appréciation, il semble que l'enjeu d'intérêt général poursuivi soit le moins significatif. Bien qu'affirmé par la Cour, il semble ne pouvoir être que tempéré par les autres facteurs, ce qui semble le placer tout en bas de l'échelle d'importance des facteurs de variation¹⁸⁵³.

439. Un contrôle systématique, quel que soit le degré de marge d'appréciation. Pour la Cour, la marge nationale d'appréciation ne saurait être assimilée à un « domaine réservé »¹⁸⁵⁴ ; elle ne considère jamais qu'une ingérence peut être entièrement laissée à l'appréciation des États¹⁸⁵⁵ : elle affirme en effet régulièrement que « les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour »¹⁸⁵⁶. De même, dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli contre Italie* de 2017, la Cour estime que « pour déterminer si une ingérence est “nécessaire, dans une société démocratique”, il y a lieu de tenir compte du fait qu'une marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales, dont la décision demeure soumise au contrôle de la Cour, compétente pour en vérifier la conformité aux exigences de la Convention »¹⁸⁵⁷. Le professeur François Chénéde souligne le caractère paradoxal d'une telle affirmation : « qu'est-ce donc qu'une “marge d'appréciation” qui ne permet pas à l'État de faire prévaloir son appréciation dans les limites de celle-ci ? Rien. Quelle réalité – et utilité – pour cet ultime rempart démocratique si la Cour s'autorise, une fois son

G. Gonzalez, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 117 et s. Sur sa détermination « aléatoire » et la « détermination *a priori* », v. S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 764, p. 546 : « Théoriquement “surdéterminée” par une abondance de variables potentiellement conflictuelles et insusceptibles d'être arbitrées *a priori* ; pratiquement “sous-déterminée” en raison d'une sélection manquant de transparence : l'opération consistant à déterminer l'amplitude de la marge d'appréciation semble reposer sur un scénario aléatoire » ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 147, p. 223 et 224 ; G. Gonzalez, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », *art. préc.*, spéc. p. 120. Sur la difficulté de la « détermination *a priori* ». Sur la faible conceptualisation : G. Gonzalez, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », *art. préc.*, spéc. p. 124, « indéterminé » ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 133, p. 219. Sur la faible rationalisation : S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 764, p. 546 : « Scénario très théorique de surcroît, dont l'auteur et principal interprète n'hésite pas à s'écarter secrètement, agissant à l'inverse de son “dire”. [...] Il n'est pas exagéré, en pareille occurrence, de parler d'illisibilité de la doctrine de la marge nationale d'appréciation, illisibilité qui prend les États contractants et les requérants en “otage” d'une analyse résolument casuistique dont l'issue est particulièrement difficile, pour ne pas dire impossible, à prédire ».

¹⁸⁵³ V. not. en matière morale *infra*, n° 698 et s.

¹⁸⁵⁴ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 702 et s., p. 505 et s.

¹⁸⁵⁵ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 143, p. 217. V. CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *préc.*, §49 : « la marge nationale d'appréciation va [...] de pair avec le contrôle européen ».

¹⁸⁵⁶ V. par ex CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, *préc.*, §79 à 81. Nous soulignons. CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, *préc.*, §60.

¹⁸⁵⁷ CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *préc.*, §181.

existence admise, à contrôler son exercice ? Aucune. Loin de pouvoir faire obstacle à son interventionnisme, la marge d'appréciation reconnue aux États, telle qu'elle est utilisée – manipulée – par la Cour, lui laisse les mains totalement libres »¹⁸⁵⁸. En effet, prévoir un contrôle qui s'exerce « dans la limite » de la marge d'appréciation laissée aux États revient en définitive à leur dénier toute latitude. Ainsi, non seulement aucun domaine ne semble échapper à l'office de la Cour, mais en plus son contrôle ne s'arrête pas aux frontières de la liberté théorique qui leur est accordée. La marge nationale d'appréciation apparaît ainsi comme le premier indice de la faible prise en compte de la limite d'intérêt général par la Cour européenne des droits de l'homme.

B. Le contrôle de l'intérêt général par la Cour européenne des droits de l'homme

440. L'intérêt général comme exception, le droit fondamental comme principe.

La caractéristique du système de la Convention européenne des droits de l'homme est la place de l'intérêt général qui fait office d'exception au principe de respect des droits et libertés garantis¹⁸⁵⁹. L'exception devant être d'interprétation stricte, elle donne nécessairement à l'intérêt général un statut moins favorable dans la jurisprudence de la Cour européenne.

441. Le contrôle de l'existence de l'intérêt général justifiant la restriction est systématique devant la Cour européenne des droits de l'homme **(1)**. Il s'accompagne d'une véritable qualification de l'enjeu poursuivi par l'État, opérée au regard des exigences conventionnelles **(2)**.

1. Le contrôle systématique de l'existence d'un but légitime

442. Le contrôle de l'intérêt général formel : la légalité de l'ingérence. Le premier élément de contrôle de l'intérêt général est celui de la légalité : la conformité de l'ingérence dépend du point de savoir si elle a effectivement été prévue par la loi¹⁸⁶⁰. Cette vérification, explicitement prévue par le texte de la clause d'ordre public, est également exigée à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel de la Convention, aux deux paragraphes¹⁸⁶¹. Elle est purement formelle quant à l'intérêt général et ne s'attache pas à son contenu.

443. Le contrôle de l'intérêt général formel : l'existence du but indépendamment de sa légitimité. S'inspirant du mécanisme de la clause d'ordre public, la Cour examine le but

¹⁸⁵⁸ F. Chénéde, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », D. 2014.1797, n° 5.

¹⁸⁵⁹ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 795 et 796, p. 233 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 35, p. 43 et n° 399, p. 381. Sur ce point, v. *supra*, n° 238 et 239.

¹⁸⁶⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 132, p. 203.

¹⁸⁶¹ V. *supra*, n° 98.

légitime pour vérifier la validité des limites imposées par les États aux droits et libertés¹⁸⁶². Certains auteurs estiment que le contrôle du but légitime est « succinct »¹⁸⁶³ et « assez largement formel »¹⁸⁶⁴ : la Cour se contenterait de vérifier « l'existence »¹⁸⁶⁵ du but légitime, « les constats du défaut de but légitime » demeuraient « très rares » ; tout au plus émettrait-elle éventuellement des « doutes »¹⁸⁶⁶. Ce constat est à nuancer : il arrive que la Cour ne s'astreigne pas au simple contrôle de l'intérêt général formel. Si elle affirme ne pas remettre en cause la légitimité des buts avancés par l'État¹⁸⁶⁷, force est de constater qu'elle procède régulièrement à un contrôle, voire à une requalification des objectifs que l'État avance. Le plus souvent, le contrôle de l'existence du but ne se distingue pas formellement de celui de sa légitimité, en particulier pour la mise en œuvre de la clause d'ordre public.

444. Le contrôle du but légitime pour les droits susceptibles de limitations implicites. Si le contrôle du but légitime est logique dans le cadre de l'application des articles porteurs d'une clause d'ordre public, où il est explicitement prévu, la Cour admet également la possibilité de restreindre l'application de certains droits, malgré le silence de la Convention, dans le cadre de la mise en œuvre des limitations implicites¹⁸⁶⁸. C'est notamment le cas des droits qui découlent de l'article 6, en particulier le droit à un procès équitable¹⁸⁶⁹. La vérification de l'existence du but légitime est alors également effectuée¹⁸⁷⁰.

445. Le contrôle du but légitime même en cas de contrôle réduit à la proportionnalité au sens strict. Le contrôle réduit à la proportionnalité au sens strict peut également donner lieu au constat de l'existence d'un but légitime. Ainsi, la Cour peut se passer de contrôler la nécessité et l'adéquation lorsque la marge d'appréciation laissée aux États est large¹⁸⁷¹, mais elle ne semble jamais se défaire du contrôle du but poursuivi par la mesure contestée. Le but légitime est recherché même quand le texte ne l'exige pas expressément¹⁸⁷².

¹⁸⁶² CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, préc., §53 et 54.

¹⁸⁶³ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 41.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ *Ibid.* ; F. Sudre, « Les techniques... », *art. préc.*

¹⁸⁶⁷ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 41.

¹⁸⁶⁸ Sur les limitations implicites, v. *supra*, n° 46.

¹⁸⁶⁹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 129, p. 195.

¹⁸⁷⁰ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 36, donne comme exemple l'arrêt CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, préc., §58 : la mesure « il tendait à épargner aux individus chargés du traitement des malades mentaux le risque d'actions en justice abusives et répétées », objectif qui « apparaît en soi légitime ».

¹⁸⁷¹ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 37.

¹⁸⁷² *Ibid.* : dans l'arrêt CEDH, 21 févr. 1986, *James et al. c. Royaume-Uni*, préc., §47, il était question d'une violation du §1 de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel : la recherche porta sur le « but légitime » et non sur « l'utilité publique » comme le texte aurait pu le laisser penser.

446. La qualification d'un but d'intérêt général au sens du second alinéa de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel. La Convention prévoit la possibilité de limiter le droit au respect des biens au moyen de l'intérêt général. La Cour procède à une véritable qualification : bien que l'article ne prévoise pas les enjeux que l'ingérence doit poursuivre pour être compatible avec la Convention, elle examine le contenu de l'ingérence. L'arrêt *Chassagnou contre France* en constitue une illustration¹⁸⁷³.

2. La qualification de la légitimité du but : le contrôle du contenu de l'intérêt général et de sa légitimité

447. La qualification et la requalification des buts poursuivis par l'État. Malgré son affirmation selon laquelle elle se montre « succincte » dans la qualification du but légitime¹⁸⁷⁴, la Cour procède à la qualification des buts d'intérêt général poursuivis par les États (a), souvent en fonction des buts légitimes visés par les articles comportant une clause d'ordre public¹⁸⁷⁵. Il peut également arriver que la Cour « découvre » ou « requalifie » le but que l'État invoque pour justifier son action¹⁸⁷⁶ (b) : il est ainsi manifeste qu'elle ne se sent pas liée par ce que fait valoir l'État dans ce domaine. Toutefois, elle n'établit pas de hiérarchie explicite entre les différents enjeux d'intérêt général, à l'exception du cas des lois rétroactives pour lesquelles elle exige un « motif impérieux d'intérêt général » (c).

¹⁸⁷³ Les requérants se plaignaient d'être forcés de mettre à disposition leurs terres pour la chasse en dépit de leurs convictions, contraires à cette activité. Ils invoquaient notamment la violation de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, estimant que la réglementation qui leur était imposée sur l'usage des biens ne poursuivait pas un intérêt général mais « uniquement au bénéfice d'une catégorie spécifique de personnes, à savoir les chasseurs, puisque la loi elle-même précise que les ACCA ont pour but "d'assurer une meilleure organisation technique de la chasse pour permettre aux chasseurs un meilleur exercice de ce sport" » (CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, préc., §76). Le Gouvernement estime à l'inverse « qu'il serait réducteur d'évaluer seulement le caractère d'intérêt général de la loi Verdeille à l'aune de l'amélioration de l'exercice du sport cynégétique pour le seul intérêt des chasseurs » ; en effet, « le développement de la faune sauvage mais aussi le respect des propriétés et des récoltes tirent bénéfice d'une bonne organisation cynégétique ». La chasse étant « une activité très ancrée dans la tradition rurale française » la loi contestée avait pour objet « la réalisation d'une unité de gestion » pour l'« exploitation rationnelle de la chasse » et « le respect de l'environnement ». Par conséquent, les associations par les dispositions litigieuses revêtaient « une fonction éducative par la participation des chasseurs à la gestion de l'association et à l'élaboration de la politique cynégétique ainsi que par l'autodiscipline imposée à tous les membres, chasseurs ou non, par le règlement intérieur et le règlement de chasse ». La loi poursuivrait ainsi des objectifs de « développement de la faune sauvage » ainsi que de « respect des propriétés et des récoltes » (CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, préc., §78). La Cour retient finalement « qu'il est assurément dans l'intérêt général d'éviter une pratique anarchique de la chasse et de favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique » (§79).

¹⁸⁷⁴ CEDH, 1^{er} juill. 2014, *S.A.S c. France*, n° 43835/11, §114 : « La pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention », v. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », art. préc., n° 41 ; P. Ducoulombier, « Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation... », art. préc.

¹⁸⁷⁵ V. Fabre-Alibert, « La notion de "société démocratique"... », art. préc., spéc. p. 488.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, v. CEDH, 26 nov. 1991, *Observer et Gardian c. Royaume-Uni*, n° 13585/88.

a. Le contrôle du contenu de l'intérêt général

448. Le refus de certains enjeux d'intérêt général. Certains enjeux invoqués par les États ne peuvent pas, selon la Cour européenne des droits de l'homme, constituer des buts légitimes de nature à justifier des atteintes aux droits fondamentaux. C'est notamment le cas de l'intérêt financier, invoqué dans les arrêts *Zielinski* et *Lecarpentier*¹⁸⁷⁷, pour justifier respectivement des atteintes au premier paragraphe de l'article 6 de la Convention et à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel. Dans d'autres cas, le but peut être refusé, non pas en raison de son illégitimité intrinsèque, mais à cause du contexte dans lequel il est invoqué : dans l'arrêt *Taddeucci et McCall contre Italie*, les juges estimèrent que « bien que *la protection de la famille traditionnelle puisse, dans certaines circonstances, constituer un but légitime* au regard de l'article 14, [...] elle ne saurait constituer une raison "particulièrement solide et convaincante" de nature à justifier, dans les circonstances de l'espèce, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle »¹⁸⁷⁸. Enfin, la Cour peut refuser le lien de causalité entre le but invoqué et le véritable motif poursuivi, dans une sorte de contrôle du détournement de pouvoir : dans l'arrêt *Baka contre Hongrie*, les juges estimèrent que le but légitime d'indépendance de la justice prévu par l'article 10 de la Convention ne pouvait avoir de lien avec le motif invoqué par l'État pour justifier la restriction à la liberté d'expression¹⁸⁷⁹.

449. L'expression de doutes quant à la légitimité du but. Sans aller jusqu'à refuser certains buts, la Cour peut également émettre des doutes quant à leur légitimité¹⁸⁸⁰. Un exemple peut être donné dans le domaine de l'interdiction de toute discrimination, sur le fondement de l'article 14 de la Convention, ainsi rédigé : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». L'interdiction des discriminations concerne « la jouissance des droits et libertés » reconnus par la Convention ; l'article 14 n'a ainsi pas d'existence autonome et doit

¹⁸⁷⁷ CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c. France*, préc., §47 et CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et al. c. France*, préc., §59.

¹⁸⁷⁸ CEDH, 30 sept. 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, n° 51362/09, §93, nous soulignons ; v. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », art. préc., n° 41.

¹⁸⁷⁹ CEDH, 23 juin 2016, *Baka contre Hongrie*, n° 20261/12, §156, nous soulignons : « un État partie ne peut légitimement invoquer *l'indépendance de la justice* pour justifier une mesure telle que la cessation prématurée du mandat du président d'une juridiction par des raisons qui n'étaient pas prévues par la loi et qui n'avaient pas de rapport avec une quelconque impérite ou faute professionnelle ».

¹⁸⁸⁰ Qu'elle admet pourtant : CEDH, 6 oct. 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, n° 74025/01, §75, sur la légitimité de la restriction du droit de vote des détenus.

nécessairement être appliqué par combinaison avec un autre article de la Convention¹⁸⁸¹. Il fait en outre partie des articles qui ne prévoient pas de limitations possibles textuellement mais pour lesquels la Cour admet des limitations jurisprudentielles justifiées par un but légitime¹⁸⁸². Elle refusa par exemple la justification invoquée pour fonder la différence de traitement constatée dans l'arrêt *Chassagnou contre France* : les requérants estimaient la loi litigieuse doublement discriminatoire, non seulement en ce qu'elle permettait aux grands propriétaires de clôturer leurs parcelles afin d'échapper à l'emprise des associations de chasse, mais encore parce que les personnes qui ne souhaitent pas chasser étaient privées sans compensation d'une partie de leur droit d'usage et se trouvaient victimes d'une atteinte à leur liberté de pensée et de manifester leurs convictions, tandis que les chasseurs voyaient la perte de leur droit de chasse privatif compensé par la possibilité d'accès à la chasse sur un territoire plus grand¹⁸⁸³. La Cour estima que l'objectif invoqué par le Gouvernement n'était pas de nature à justifier la différence de traitement : l'argumentaire avancé « n'a pas expliqué de manière convaincante comment l'intérêt général pouvait être servi par l'obligation faite aux seuls petits propriétaires de faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains »¹⁸⁸⁴ et « n'a démontré aucun intérêt prépondérant apte à justifier l'utilisation du critère de la superficie des terrains comme seul élément de différenciation »¹⁸⁸⁵. Ainsi, la Cour rejette le but légitime invoqué par l'État et conclut à la violation de l'article 14 combiné à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel¹⁸⁸⁶.

450. Le contrôle de la qualification de but légitime au regard des objectifs énumérés dans la clause d'ordre public. La Cour européenne des droits de l'homme contrôle le but légitime poursuivi par l'État et va parfois jusqu'à contester la qualification de but légitime pour l'objectif poursuivi. Ce fut notamment le cas dans l'arrêt *Labassée*, où il était question du lien de filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. La Cour reconnut la validité des objectifs de protection de la santé de la mère et des droits et liberté d'autrui¹⁸⁸⁷. Toutefois, les buts invoqués de « défense de l'ordre » et de « prévention des

¹⁸⁸¹ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France, préc.*, §89 ; F. Sudre et al., *Droit européen...*, op. cit., n° 267, p. 428.

¹⁸⁸² V. *supra*, n° 46.

¹⁸⁸³ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France, préc.*, §87 : le Gouvernement estime quant à lui que la différence de traitement est rationnelle en ce que « seules les propriétés de taille importante peuvent faire l'objet d'une gestion cynégétique rationnelle, les terrains plus petits devant pour cela être mis en commun » (§88). La Cour rappelle que la violation de l'article 14 est constituée par le « "manque de justification objective et raisonnable", c'est-à-dire si [la discrimination] ne poursuit pas un "but légitime" ou s'il n'existe pas de "rapport raisonnable de proportionnalité" entre les moyens employés et le but visé » (§91).

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, §92.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, nous soulignons.

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, §95.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, §54.

infractions pénales » furent tout simplement refusés par les juges : « la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il s'agissait en l'espèce d'assurer "la défense de l'ordre" et "la prévention des infractions pénales". Elle constate en effet qu'il n'établit pas que le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale serait constitutif d'une infraction en droit français »¹⁸⁸⁸. La Cour procède ainsi véritablement à un contrôle et à une sélection des objectifs avancés par l'État pour justifier la restriction. Elle se prête à l'exercice de la comparaison des objectifs avancés par l'État avec les buts prédéfinis par l'article 8. Elle semble d'ailleurs indifférente à l'argument du Gouvernement sur la référence à « l'ordre public international français » qui fonde le refus de transcription : il s'agit d'une qualification d'enjeux d'intérêt général d'une importance particulière qui justifie de favoriser la loi interne sur la loi étrangère, pourtant applicable dans le cas considéré¹⁸⁸⁹. Il est d'ailleurs surprenant de constater que, bien qu'invoquée en filigrane dans l'argumentaire du Gouvernement¹⁸⁹⁰, la protection de la morale, but légitime admis par l'article 8 de la Convention, n'est pas explicitement avancée en défense. Le Gouvernement ne s'appuie que sur la « prévention des infractions pénales », la « défense de l'ordre », la « protection de la santé » de la mère porteuse et la « protection des droits et libertés d'autrui »¹⁸⁹¹. La question morale aurait pourtant pu être soulevée dans ce débat, en particulier au regard de la marge d'appréciation qu'elle laisse théoriquement aux États. En outre, le Gouvernement ne rattache pas les justifications abstraites du refus de la gestation pour autrui en droit interne, telles que la lutte contre la « marchandisation du corps humain », le principe « d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes » et « l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁸⁹², à la qualification du but légitime de l'ingérence au sens de l'article 8.

b. La requalification des enjeux d'intérêt général par la Cour

451. La requalification occasionnelle de l'objectif d'intérêt général. Il arrive parfois que la Cour européenne procède à la requalification de certains enjeux d'intérêt général

¹⁸⁸⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France, préc.*, §53. L'article 113-6 du code pénal prévoit pourtant que le juge français peut être amené à se préoccuper d'infractions commises par des citoyens français hors du territoire.

¹⁸⁸⁹ B. Audit et L. d'Avout, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 391 et s., p. 348 : sur l'exception d'ordre public international.

¹⁸⁹⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France, préc.*, §47 : « Le Gouvernement ajoute que, la gestation pour autrui étant un sujet d'ordre moral et éthique et en l'absence de consensus sur cette question parmi les États parties, il faut reconnaître à ces derniers une large marge d'appréciation dans ce domaine ainsi que dans la manière dont ils appréhendent les effets de la filiation établie dans ce contexte à l'étranger ».

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, §45.

¹⁸⁹² *Ibid.*, §47 : « soucieux de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur, exprimant la volonté générale du peuple français, a décidé de ne pas autoriser la gestation pour autrui ; le juge interne en a dûment tiré les conséquences en refusant de lui donner effet en transcrivant la possession d'état dans l'état civil s'agissant d'individus nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger ».

invoqués par les États membres. Ce fut le cas dans l'arrêt *Mengesh Kimfe contre Suisse* du 29 juillet 2010¹⁸⁹³ : la requérante avait émigré illégalement en Suisse et souhaitait changer d'attribution cantonale, afin de rejoindre son époux, également immigré clandestin. Elle contestait le refus des autorités suisses sur le fondement du droit à la vie privée et familiale de l'article 8. La Cour, après avoir analysé le but légitime invoqué comme la nécessité de « répartir équitablement les requérants d'asile entre les cantons »¹⁸⁹⁴, le rattache au « bien-être économique du pays »¹⁸⁹⁵, motif « classique » dans le contentieux de l'immigration¹⁸⁹⁶, et conclut à la violation de l'article 8. Pourtant, ce n'est pas ainsi que le Gouvernement suisse justifiait l'impossibilité de réattribution du canton : « l'objectif visé » par le texte était d'« empêcher les requérants d'asile déboutés de changer de canton [...], mesure [...] nécessaire, dans une société démocratique, notamment à la sûreté publique »¹⁸⁹⁷. Ainsi, la Cour n'examine même pas le rattachement de l'objectif d'intérêt général à l'enjeu de « sûreté publique » prévu à l'article 8¹⁸⁹⁸ : elle conclut directement que le but légitime poursuivi par la Suisse est le « bien-être économique du pays »¹⁸⁹⁹. Elle procède ainsi à une requalification non motivée de la catégorie d'enjeu d'intérêt général poursuivi par l'État membre, pour finalement conclure à la faiblesse de l'enjeu dans la balance des intérêts.

452. L'ajout d'un but légitime par la Cour. Dans un arrêt de 2015, *Vinci Constructions contre France*, dans lequel était invoquée une violation de l'article 8 en raison de la saisie de données informatiques dans le cadre d'une enquête effectuée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et autorisée par le juge des libertés et de la détention, la Cour ajoute de la même manière un but légitime à ceux invoqués par le Gouvernement. Ce dernier avait estimé que l'ingérence se rattachait à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions en matière de concurrence¹⁹⁰⁰ ; la Cour répond qu'il s'agit du bien-être économique du pays en sus de la prévention des infractions pénales¹⁹⁰¹. Ces

¹⁸⁹³ CEDH, 29 juillet 2010, *Mengesh Kimfe c. Suisse*, n° 24404/05.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, §65.

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*, §66.

¹⁸⁹⁶ F. Sudre, « Droit d'un étranger de mener une vie de couple avec son conjoint », *JCP G* 2010.904.

¹⁸⁹⁷ CEDH, 29 juillet 2010, *Mengesh Kimfe c. Suisse, préc.*, §60.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*, §65 et 66 : la Cour affirme que les parties s'accordent sur le fait que le but est de « répartir équitablement les requérants d'asile entre les cantons », ce que la Cour rattache au « bien-être économique du pays », mais ce n'est pas le but légitime invoqué par le gouvernement (§60), l'absence de changement étant justifié par la « sûreté publique ». La Cour n'examine même pas ce but. V. §50 : la requérante dit qu'il y a un but légitime mais elle ne le rattache à aucun objectif énuméré par l'article 8.

¹⁹⁰⁰ CEDH, 2 avr. 2015, *Vinci Constructions et GTM Génie Civil et Services c. France*, n° 63629/20 et 60567/10, §56.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, §72.

enjeux furent également considérés comme insuffisants au regard du contrôle de la proportionnalité au sens strict.

453. Refus, requalification et méfiance à l'égard de l'objectif poursuivi. Dans l'arrêt *Arnolin contre France*¹⁹⁰², non seulement la Cour européenne refusa la qualification de but légitime à l'objectif avancé par le Gouvernement, mais en outre, elle réfuta la réalité de cet objectif. Il était question de la conformité à la Convention d'une loi de validation de modes de calcul et de versement de salaires concernant le personnel de maison accueillant des personnes handicapées, qui s'étendait à toutes les instances non passées en force de chose jugée. Les requérants contestaient le caractère rétroactif de la loi de validation. Le Gouvernement avança la sécurité juridique comme constituant un « motif impérieux d'intérêt général »¹⁹⁰³. Après avoir rappelé que le motif financier n'était pas en soi suffisant dans ces situations – bien que ce ne soit pas le motif invoqué par le Gouvernement qui avait bien précisé que « l'intervention n'avait pas pour seule finalité la réalisation d'économies financières pour les associations concernées et l'État », puisqu'« elle était motivée par le souci de préserver la pérennité et la continuité du service public de la santé et de la protection sociale »¹⁹⁰⁴ – la Cour s'affirma peu convaincue par la preuve du risque de déstabilisation du système de protection sociale, ainsi que l'existence d'un véritable danger quant à la sécurité juridique¹⁹⁰⁵.

454. La Cour européenne ne se contente donc pas de prendre tels quels les buts légitimes invoqués par les États : elle procède à une recherche des enjeux d'intérêt général poursuivis. Refusant le rattachement des objectifs avancés à certains buts légitimes prévus par les textes, requalifiant parfois les objectifs invoqués, elle exerce un véritable contrôle sur l'intérêt général de la mesure. Ce contrôle pourrait quasiment se rattacher à celui du détournement de pouvoir. Il peut conduire en outre à la qualification d'une violation de la Convention lors de l'étape de la proportionnalité au sens strict.

c. Une faible différenciation en fonction de l'enjeu d'intérêt général considéré

455. Peu de différenciation en fonction de l'importance des enjeux d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme. À quelques ponctuelles exceptions près, la Cour européenne des droits de l'homme n'effectue pas de hiérarchie entre

¹⁹⁰² CEDH, 9 janv. 2007, *Arnolin et al. Contre France*, n° 20127/03, 31795/03, 35937/03, 2185/04, 4208/04, 12654/04, 15466/04, 15612/04, 27549/04, 27552/04, 27554/04, 27560/04, 27566/04, 27572/04, 27586/04, 27588/04, 27593/04, 27599/04, 27602/04, 27605/04, 27611/04, 27615/04, 27632/04, 34409/04 et 12176/05.

¹⁹⁰³ *Ibid.*, §62.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, §62.

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, §76 et 77.

les différents enjeux d'intérêt général. Certains droits et libertés font l'objet d'une protection accrue¹⁹⁰⁶ : la liberté d'expression, « chien de garde de la démocratie »¹⁹⁰⁷, laisse une plus faible marge de manœuvre de limitation pour les États, qui varie selon le but légitime considéré – la morale laisse plus de liberté aux États membres¹⁹⁰⁸, tandis que la notion « d'autorité du pouvoir judiciaire » fait l'objet d'une appréciation plus stricte¹⁹⁰⁹. La pratique de la Cour européenne des droits de l'homme est en ce sens différente de celle du Conseil constitutionnel¹⁹¹⁰. En outre il n'existe pas, devant la Cour européenne des droits de l'homme, de véritable différenciation selon la force des enjeux d'intérêt général.

456. Cas particulier des « motifs impérieux d'intérêt général ». La seule exception à cette absence de hiérarchisation est la jurisprudence relative aux « motifs impérieux d'intérêt général ». Le critère est exigé en matière de lois de validation, et plus largement de lois rétroactives, considérées comme une atteinte au droit d'accès à un tribunal au regard de l'article 6 de la Convention¹⁹¹¹. La Cour donne peu d'éléments quant à l'identification de ce critère, si ce n'est que le motif purement « financier » n'est pas suffisant¹⁹¹².

¹⁹⁰⁶ V. F. Sudre, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux... », *art. préc.*, n° 3, p. 382.

¹⁹⁰⁷ CEDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, *préc.*, §43 : « La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de "chien de garde" ».

¹⁹⁰⁸ CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, *préc.*, §59 : « D'autre part, le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10§2 ». V. aussi CEDH, 24 févr. 1983, *Dudgeon c. France*, *préc.*, §52 : « la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit. Le Gouvernement déduit de l'arrêt *Handyside* qu'elle est plus large quand il y va de la protection de la morale » ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, *préc.*, §77 : « Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large ».

¹⁹⁰⁹ CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, *préc.*, §59 : « D'autre part, le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10§2. L'affaire *Handyside* concernait la "protection de la morale". L'idée que les États contractants "se font des exigences de cette dernière", a constaté la Cour, "varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque", et "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". Il n'en va pas exactement de même de la notion, beaucoup plus objective, d'"autorité" du pouvoir judiciaire. En la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6, qui n'ont pas d'équivalent pour la "morale". À une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu ».

¹⁹¹⁰ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 44 ; v. aussi p. 43 : le contrôle de la Cour européenne « dépasse celui traditionnellement opéré par le juge constitutionnel ».

¹⁹¹¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 382, p. 603.

¹⁹¹² *Ibid.*, n° 382, p. 604, v. CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c. France*, *préc.*, §47 et CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et al. c. France*, *préc.*, §59.

C. Un contrôle concret de proportionnalité mettant en œuvre l'intérêt général abstrait

457. Malgré l'ambiguïté de la Cour européenne dans la pratique de son contrôle (1), la mise en balance des intérêts se fait toujours concrètement (2), au détriment de l'intérêt général. En effet, négligeant de qualifier l'intérêt général en fonction du contrôle opéré, elle se met dans la situation de comparer des intérêts incomparables¹⁹¹³.

1. Une ambiguïté du contrôle nuisible à l'intérêt général

458. La pratique de la Cour européenne en matière d'intérêt général est brouillée par l'incertitude quant au mode de raisonnement employé. Oscillant entre contrôle abstrait et contrôle concret, elle adopte une pratique qui nuit à la place de l'intérêt général.

459. **Première intuition d'un contrôle exclusivement *in concreto*.** La Cour a déjà affirmé ne pas effectuer de contrôle abstrait des mesures prises par les États membres¹⁹¹⁴. Cependant, il n'est pas certain que la pratique d'un contrôle exclusivement concret reflète la réalité de la pratique strasbourgeoise, ni les exigences de la Cour¹⁹¹⁵. Plus encore, la pratique se caractérise même par une certaine « incohérence »¹⁹¹⁶. D'ailleurs, bien que la Cour affirme refuser d'examiner les requêtes tendant à remettre en cause abstraitement une règle, il semble qu'elle pratique de plus en plus ce type de contrôle à l'occasion des litiges qui lui sont soumis¹⁹¹⁷. Le raisonnement dépend d'ailleurs de la marge de manœuvre que la règle contrôlée laisse aux autorités internes : plus elle est faible, plus le contrôle de la Cour européenne s'apparente à un contrôle *in abstracto*¹⁹¹⁸, qui la « [rapproche] d'une Cour

¹⁹¹³ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243. Sur les « interférences d'intérêts » : S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251 ; v. *infra* sur ce phénomène devant la Cour européenne : n° 470.

¹⁹¹⁴ CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *préc.*, §180 : « Dans une affaire issue d'une requête individuelle, la Cour n'a pas pour tâche de contrôler dans l'abstrait une législation ou une pratique contestée, mais elle doit autant que possible se limiter, sans oublier le contexte général, à traiter les questions soulevées par le cas concret dont elle se trouve saisie ». Pour quelques exemples de l'affirmation contrôle concret par la Cour : X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. préc.*, sur la subjectivité du contrôle de la Cour européenne. V. aussi S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 340, p. 252.

¹⁹¹⁵ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* ; pour une étude de cette pratique par le Conseil d'État, v. not. X. Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

¹⁹¹⁶ Déjà dans sa thèse de doctorat, le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck évoquait cette incertitude : S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 409, p. 294 ; n° 335, p. 249 et n° 336, p. 250 : l'auteur utilise un vocabulaire anglophone et distingue l'*ad hoc balancing* (équivalent du contrôle *in concreto*) du *categorical balancing* (qui s'apparente davantage au contrôle *in abstracto*). La distinction se décline encore de manière « temporelle » en fonction du moment d'appréciation des intérêts (n° 353, p. 261), ou encore selon la distinction entre les intérêts « actuels » et « virtuels » (n° 371 et s., p. 272). V. également M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : l'auteur parle du « chevauchement », de l'interversion, voire de la « neutralisation » des contrôles. S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 342, p. 254 : la limitation par la Cour à un contrôle concret serait une manifestation du « *judicial self-restraint* ».

¹⁹¹⁷ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.*

¹⁹¹⁸ *Ibid.* ; J.-Y. Chérot, « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? », *RRJ* 2018.2083, spéc. p. 2091 : la Cour européenne fait ainsi jouer la marge nationale d'appréciation en appliquant l'une ou l'autre des formes de

constitutionnelle »¹⁹¹⁹. Plus largement, le contrôle abstrait est effectué dès lors que la violation résulte directement de la règle¹⁹²⁰, ou lorsque la Cour se contente de contrôler le mode d'adoption d'une règle dans le cadre du phénomène de procéduralisation des droits¹⁹²¹ ou encore dans la pratique des arrêts « pilotes »¹⁹²².

460. « Concrétisation » du contrôle interne ; « abstractisation » du contrôle externe – contrôle conventionnel mixte et « zèle » du juge interne. Certains auteurs affirment que la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme tend vers une « abstractisation »¹⁹²³ de son contrôle : d'une approche exclusivement concrète, centrée sur l'ingérence présentée sous l'angle particulier d'un litige, elle semble désormais avoir le souci de guider les États dans l'élaboration de règles conformes à la Convention¹⁹²⁴. Tandis que la Cour européenne semble adopter un contrôle de plus en plus abstrait, la Cour de cassation et le Conseil d'État quant à eux, semblent prendre le chemin d'un contrôle de plus en plus

contrôle. V. en ce sens, sur la mise en œuvre de la notion de victime potentielle : M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* ; M. Afroukh, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, colloque 8 et 9 oct. 2015, J. Andriantsimbazovina, L. Burgogue-Larsen et S. Touzé (dir.), Pédone, p. 105 et s., spéc. p. 118 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 202, p. 310.

¹⁹¹⁹ M. Afroukh, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP* 2015.1355.

¹⁹²⁰ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, note de bas de page n° 22, v. not. CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, §49.

¹⁹²¹ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : l'auteur souligne la « logique tentaculaire » de ce type de contrôle exercé par la Cour européenne.

¹⁹²² V. sur ce point F. Krenc, « “Dire le droit”, “rendre la justice”. Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH* 2018.311, n° 37, p. 342.

¹⁹²³ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : « au moment même où le contrôle de conventionnalité interne se concrétise, la tendance à l'objectivisation du contrôle s'accroît dans le cadre de la Convention européenne » ; v. aussi J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010.2362 ; P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.* ; F. Krenc, « “Dire le droit”... », *art. préc.*, n° 7, p. 316 et n° 34 et s., p. 338 et s. ; M. Afroukh, « L'identification d'une tendance... », *art. préc.*, p. 1355 ; M. Afroukh, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », *art. préc.*, spéc. p. 115, 116 et 118 ; M. Afroukh, « Les rapports entre la QPC et le contrôle de conventionnalité », in *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, K. Foucher (dir.), Dalloz, 2020, p. 5 et s., spéc. p. 12 ; L. Milano, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi », *Rev. dr. Assas*, déc. 2017, p. 103 et s., spéc. p. 106.

¹⁹²⁴ CEDH, 22 avr. 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, §109, v. M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

concret¹⁹²⁵, pour compléter le contrôle de conventionnalité *in abstracto*¹⁹²⁶. Par l'arrêt de la première chambre civile du 4 décembre 2013 ainsi que celui du 31 mai 2016 *Gonzalez-Gomez*, la Cour de cassation, d'une part, le Conseil d'État, d'autre part, adoptent un contrôle concret¹⁹²⁷. Comme la Cour de cassation, le Conseil d'État invite à un contrôle de conventionnalité « à deux étages », en censurant les atteintes aux droits et libertés fondamentales par l'application de la loi¹⁹²⁸.

461. Ambiguïté dans la qualification du but légitime entre sa composante concrète et abstraite. Dans son contrôle de l'objectif poursuivi par l'État, la Cour européenne ne semble pas faire de distinction entre le but légitime concret et le but légitime abstrait. Cette incertitude, couplée à l'ambiguïté quant au contrôle qu'elle exerce, contribue à brouiller les raisonnements. L'ambivalence de l'invocation des buts légitimes dans les arrêts *Menesson et Labassée* en témoigne. Tout se passe comme si le Gouvernement n'invoquait pas tous les buts

¹⁹²⁵ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : « le contrôle [abstrait] connaît un regain d'intérêt dans la jurisprudence européenne, au moment même où les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État valorisent le contrôle de conventionnalité *in concreto*... ». Le débat n'est pas clos quant à l'obligation pour les juridictions internes d'appliquer le contrôle *in concreto*. Certains pensent que sa mise en œuvre par les juges est le gage de la parfaite application du principe de subsidiarité : S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 342, p. 253 ; J.-P. Marguénaud, « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTD civ.* 2018.349 ; H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité au service... », *art. préc.* et H. Fulchiron, « 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 chemins – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 245 et s., spéc. p. 254, qui voit également le contrôle de proportionnalité *in concreto* comme l'expression du principe de subsidiarité. La Cour condamne d'ailleurs parfois l'approche trop abstraite en droit interne (M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.*). À l'inverse, d'autres auteurs estiment que le contrôle *in concreto* n'est en aucun cas une exigence automatique et qu'il ne doit être mis en œuvre qu'en cas de nécessité, l'obligation d'exercer un contrôle de proportionnalité *in concreto* semble réservée à la situation dans laquelle le droit interne ne prévoit pas de résolution *a priori* des conflits entre les différentes libertés ; l'exigence européenne complète alors les règles nationales (M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.*). V. CEDH, 16 janv. 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, n° 22612/15, qui réaffirme l'épuisement des voies de recours internes, où la Cour semble suggérer une obligation pour les États de mettre en balance les intérêts. V. aussi F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 5 ; B. Louvel, « Entretien », *JCP G* 2015.1122 et J.-M. Sauvé, « Repenser le rôle du juge ordinaire », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. Bonnet (dir), LGDJ, 2016, p. 713 et s., spéc. p. 721. Sur ce débat, et notamment selon l'auteur une extension du contrôle *in concreto* plus importante que les exigences de la Cour européenne, v. récemment V. Fourment, *thèse préc.*, n° 138 et s., p. 140 et s. et n° 155, p. 160.

¹⁹²⁶ V. P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.*, qui considère que le contrôle de conventionnalité *in abstracto* avait perdu de son utilité depuis l'entrée en vigueur de la QPC et que l'introduction du contrôle *in concreto* permet une complémentarité entre les juges ordinaires et le Conseil constitutionnel dans la protection des droits fondamentaux.

¹⁹²⁷ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 (ainsi qu'il a déjà été évoqué, ce n'est pas forcément le tout premier arrêt mais il a lancé un mouvement aussi bien doctrinal qu'institutionnel, v. V. Vigneau, « Libres propos d'un juge... », *art. préc.*) et CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzalez-Gomez* ; v. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*

¹⁹²⁸ L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 1400 : « ce n'est que si la loi n'est pas totalement ou en partie inconventionnelle qu'une seconde chance est donnée au moyen du requérant, le juge acceptant de faire une sorte d'exception à la conventionnalité de la loi si les conséquences de son application au cas de l'espèce sont si excessives et singulières que la convention s'en trouve méconnue ».

légitimes susceptibles de justifier son action, comme s'il souhaitait se limiter à l'espèce, tout en n'invoquant que des objectifs abstraits sans les mettre en œuvre dans le litige. De son côté, la Cour européenne, en refusant certains buts, ne semble s'intéresser qu'à ceux qui concernent strictement les faits du litige, sans pour autant les concrétiser. Cette incertitude conduit à l'« interférence des niveaux » que craignait le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck¹⁹²⁹ : l'intérêt général, sans que l'on sache s'il est abstrait ou concret, est mis en balance avec des intérêts particuliers toujours concrets, et souvent écarté. En outre, l'intérêt général concret, en tant que droit des parties qui bénéficieraient de l'application de la loi, n'est que très peu invoqué devant la Cour européenne¹⁹³⁰.

462. Une défense gouvernementale souvent fondée sur l'intérêt général abstrait.

Dans l'arrêt *Draon*, le Gouvernement invoque la légitimité de l'ingérence en démontrant celle de la loi à l'origine de l'ingérence¹⁹³¹. La Cour, à son tour, se réfère aux motifs invoqués par le législateur lorsqu'elle qualifie les motifs d'intérêt général de nature à justifier la loi¹⁹³². De même, dans l'arrêt *Chassagnou*, le Gouvernement fonda sa défense sur les objectifs poursuivis par la loi Verdeille entendue abstraitement¹⁹³³. Dans tous ces cas, ce n'est que l'intérêt général abstrait qui est mis en œuvre.

463. Une mise en balance de l'intérêt général abstrait avec les intérêts particuliers concrets. Dans l'arrêt *Chassagnou*, la Cour mit en balance les intérêts particuliers concrets avec l'intérêt général abstrait pour conclure que « nonobstant les buts légitimes recherchés par la loi [...] au moment de son adoption, la Cour estime que le système [...] qu'elle prévoit aboutit à placer les requérants dans une situation qui rompt le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général »¹⁹³⁴. La Cour n'envisage pas l'intérêt général concret, qui n'est pas invoqué par le Gouvernement. Qu'en est-il en effet des chasseurs qui pourraient souhaiter que s'applique une loi qui protège leurs intérêts ? Dans l'arrêt *Mazurek*, relatif aux dispositions prévoyant l'inégalité successorale entre les enfants alors dits « adultérins » et les enfants dits « légitimes », le Gouvernement invoque le motif abstrait justifiant la loi – « protéger la famille légitime qui repose sur le mariage d'où découlent des droits et obligations, tel le devoir de fidélité »¹⁹³⁵, que la Cour

¹⁹²⁹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

¹⁹³⁰ Rejoint l'importance de la qualification précise des conflits de droits P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 871 et s., p. 576 et s.

¹⁹³¹ CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, *préc.*, §62 à 64.

¹⁹³² *Ibid.*, §77.

¹⁹³³ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, *préc.*, §78.

¹⁹³⁴ *Ibid.*, §85, nous soulignons.

¹⁹³⁵ CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, §34

admet¹⁹³⁶, pour le mettre directement en balance avec les intérêts particuliers, sans rechercher d'intérêt général concret et pour finalement décider que les articles 14 et 1^{er} du premier Protocole additionnel combinés doivent l'emporter¹⁹³⁷.

464. Un contrôle mixte incompatible avec l'emploi correct de la limite d'intérêt général. Ainsi, le contrôle par la Cour européenne est tout simplement mixte : variable entre abstrait et concret dans les deux premières étapes, il est toujours concret dans la dernière. Or, comme la Cour ne procède à aucune différenciation du contrôle entre l'intérêt général abstrait et l'intérêt général concret, son raisonnement entraîne des « interférences »¹⁹³⁸ nécessairement défavorables à la défense de l'intérêt général. Ainsi, que cette absence de qualification et de mise en balance de l'intérêt général concret résulte des éléments fournis par le Gouvernement n'y change rien : le juge européen doit procéder à la double qualification de l'intérêt général et à une correcte mise en balance qui distingue l'intérêt général abstrait de l'intérêt général concret¹⁹³⁹. À défaut, le raisonnement de la Cour européenne, très axé sur la balance des intérêts, ne laissera que peu de place à l'intérêt général, qui apparaîtra souvent dérisoire face aux intérêts particuliers lésés.

2. Un contrôle exclusivement articulé autour de la balance des intérêts

465. Outre les difficultés liées à la nature de la mise en balance, la Cour européenne axe une grande partie de son raisonnement sur la proportionnalité au sens strict, au détriment des autres étapes qui laissent une place plus importante à l'intérêt général.

¹⁹³⁶ CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France, préc.*, §50 : « La Cour estime qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime ».

¹⁹³⁷ *Ibid.*, §54 : « Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale ». On peut enfin citer CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France, préc.*, §99, nous soulignons : s'« il est *concevable* que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire », les effets « ne se limitent pas à la situation de ces derniers » mais aussi à « celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. *Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* ».

¹⁹³⁸ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

¹⁹³⁹ Il convient toutefois de signaler l'exception de l'arrêt CEDH, 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, §65 : qui visait à remettre en cause les dispositions transitoires de la loi qui abrogeait la distinction entre enfants adultérins et enfants légitimes pour que soient maintenus les effets des partages déjà effectués dans un souci de « garantir la paix des familles en sécurisant les droits acquis des bénéficiaires de successions déjà partagées », la Cour accepte de mettre en balance les intérêts de toute la fratrie, procédant à une qualification de l'intérêt général concret : « la Cour considère [...] que le but légitime de la protection des droits successoraux du demi-frère et de la demi-sœur du requérant n'était pas d'un poids tel qu'il dût l'emporter sur la prétention du requérant d'obtenir une part de l'héritage de sa mère ».

466. Adéquation, nécessité, motifs pertinents et suffisants. Dans le cadre du contrôle complet de proportionnalité, la Cour met en œuvre les critères de « motifs pertinents et suffisants »¹⁹⁴⁰. Il semble tout d'abord que la Cour effectue un contrôle abstrait de la cohérence de la norme, à la manière du Conseil constitutionnel¹⁹⁴¹, en fonction de la marge nationale d'appréciation¹⁹⁴². Le plus souvent, ce contrôle est implicite, mais il se manifeste parfois explicitement par le contrôle des « motifs pertinents »¹⁹⁴³, qui peut être principalement abstrait, comme dans l'arrêt *Costa et Pavan contre Italie* où la Cour constate que : « le système législatif italien en la matière manque de cohérence »¹⁹⁴⁴. De même, le contrôle de la nécessité, qui s'attache souvent à rechercher la mesure la moins attentatoire aux libertés tout en atteignant le même objectif¹⁹⁴⁵, s'apparente à un examen abstrait de la mesure. À l'inverse, la mise en balance des intérêts faite au regard du litige est toujours concrète¹⁹⁴⁶.

467. La prépondérance de la balance des intérêts ou proportionnalité au sens strict, au détriment de l'intérêt général. La balance des intérêts ou proportionnalité au sens strict, constitue l'étape incontournable, le seuil minimum de contrôle opéré par la Cour. Elle est sans doute la plus déterminante et permet le plus souvent d'emporter la discussion, au détriment des autres¹⁹⁴⁷. C'est en outre la seule étape systématique, quelle que soit la figure de contrôle¹⁹⁴⁸. Or la proportionnalité au sens strict prend principalement deux formes devant la Cour européenne : soit elle consiste en la vérification d'un « juste équilibre » entre les intérêts, par une véritable « mise en balance », soit elle s'incarne dans l'examen des atteintes portées aux intérêts particuliers par la mesure justifiée par l'intérêt général. En pratique, la différence est ténue. Dans les deux cas, le caractère abstrait de l'intérêt général face à l'intérêt particulier concret et incarné, le fait apparaître dérisoire et peu convaincant. C'est très souvent cette dernière étape qui permet d'emporter la conviction.

468. Illustrations jurisprudentielles de la prépondérance de la proportionnalité au sens strict quelle que soit la marge d'appréciation. Dans l'arrêt *Labassée*, la Cour examine la situation concrète de chacun des requérants, en distinguant la situation des parents

¹⁹⁴⁰ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 44 et s.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, n° 45.

¹⁹⁴² *Ibid.*

¹⁹⁴³ *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, §64, v. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 45.

¹⁹⁴⁵ F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 46 à 48.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, n° 49 et s.

¹⁹⁴⁷ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 378 et 379, p. 276 et 277 : parle de la capacité de cette étape à jouer un rôle de « voiture-balai ».

¹⁹⁴⁸ V. *supra*, n° 226 et s.

d'intention de celle des enfants, afin de mesurer la portée des atteintes à leurs droits¹⁹⁴⁹. Elle conclut que l'équilibre est ménagé dans la situation des parents¹⁹⁵⁰, mais pas en ce qui concerne l'enfant¹⁹⁵¹ ; c'est la « balance des intérêts » qui permet de trancher. La légitimité des buts poursuivis par l'État est ainsi reléguée à une importance secondaire. Le mécanisme est encore plus explicite dans l'arrêt *Draon contre France* : le juge commence par identifier les objectifs d'intérêt général du législateur au sujet du premier article de la loi du 4 mars 2002¹⁹⁵², pour ensuite estimer qu'ils ne sont pas de taille à lutter contre l'intérêt particulier en l'espèce, et ce malgré le rappel de l'importance de la marge d'appréciation de l'État en la matière¹⁹⁵³. De même, dans l'arrêt *Richet et Le Ber contre France*, après avoir affirmé que « la Cour reconnaît à l'État une grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause »¹⁹⁵⁴, elle conclut que « le comportement des autorités a privé les requérants tant de la possibilité de jouir effectivement de leurs droits que d'obtenir, à défaut, soit la remise en cause des actes de vente, soit une indemnisation pour le préjudice subi »¹⁹⁵⁵. Ainsi, la Cour, non contente de contrôler l'existence et le contenu du but légitime, en contrôle aussi le caractère suffisant *in concreto* pour les atteintes et ce, en dépit de l'étendue théorique de la marge d'appréciation.

469. Une faible protection de principe de l'intérêt général dans la balance concrète des intérêts : entre « interférence » et statut de simple exception. Dès la fin des années 1990, le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck constatait une faveur de principe de la Cour européenne pour les intérêts particuliers face à l'intérêt général¹⁹⁵⁶ ainsi que des

¹⁹⁴⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, préc., §62 et s.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, §73.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, §79 et 80.

¹⁹⁵² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé, : art. 1, I : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. [...] Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation », qui « procède de motifs d'intérêt général relevant de trois domaines : l'éthique, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l'équité et la bonne organisation du système de santé » (CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, préc., §77).

¹⁹⁵³ CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, préc., §77 : « la Cour n'a pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu'il désapprouvait et de modifier l'état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une "cause d'utilité publique". Une autre question est celle de savoir si *ce but d'intérêt public pesait d'un poids suffisant* dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence » (nous soulignons).

¹⁹⁵⁴ CEDH, 18 nov. 2010, *Richet et Le Ber c. France*, préc., §114.

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*, §123.

¹⁹⁵⁶ Sur ce point, v. *supra* n° 238 et 239. L'expression de « préférence abstraite » vient de C.-A. Morand, « Pesée d'intérêts... », *art. préc.*, spéc. p. 69 : « préférence abstraite en faveur des droits conventionnels par rapport aux motifs qui peuvent la limiter, constatée explicitement à l'origine, [...] aujourd'hui largement passée sous silence ». Elle est reprise par S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 329, p. 246. V. aussi B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 404, p. 238.

« interférences de niveaux » dans la pratique de la balance des intérêts¹⁹⁵⁷. Il considère en effet que « la protection juridique que délivre la Convention aux intérêts conflictuels n'est en effet pas neutre, uniforme, mais au contraire variable »¹⁹⁵⁸ et qu'elle donne aux « juges le *pouvoir de modifier le niveau souhaitable de protection de l'intérêt général* »¹⁹⁵⁹, ce qui entraîne un « vice conceptuel » dans le raisonnement¹⁹⁶⁰. Par conséquent, « des distinctions de densité normative, et donc de “poids” dans la balance peuvent déjà être observées à ce niveau, sans apparaître cependant de manière tout à fait nette et incontestable »¹⁹⁶¹. Cette idée est étayée par le fait que l'intérêt général constitue une exception, qui doit par conséquent être interprétée strictement¹⁹⁶².

470. La faible place théorique et pratique de l'intérêt général dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Trois phénomènes expliquent la faible place théorique et pratique de l'intérêt général dans le contrôle de la Cour européenne. Tout d'abord, l'étape de détermination du but légitime devant la Cour européenne apparaît secondaire, comparée à celle de sa mise en balance. Cette dernière, par un double effet de réévaluation de l'importance de l'enjeu au regard de l'intérêt particulier très incarné et de l'étude de ses effets concrets sur ce dernier, est de nature à occulter l'intérêt général. En outre, l'ambiguïté du raisonnement employé par la Cour européenne, qui oscille entre approche concrète et abstraite, entraîne des « interférences »¹⁹⁶³ dans la mise en œuvre de l'intérêt général. Enfin, l'intérêt général, traité comme une exception face au principe de respect des droits fondamentaux, est structurellement défavorisé devant la Cour européenne, dont le contrôle est intrinsèquement déséquilibré. Malheureusement, il semble que certaines de ces malfaçons infusent la pratique de la Cour de cassation, dans sa reprise de la méthode de la Cour européenne.

§2. SA RÉCEPTION PAR LA COUR DE CASSATION

471. Partie d'un contrôle sommaire, parfois même sans référence aux éléments de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation développe depuis quelques années une pratique visant à s'aligner toujours davantage sur la Cour strasbourgeoise. Toutefois, si elle s'emploie à reprendre les étapes de raisonnement de la Cour

¹⁹⁵⁷ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, n° 329, p. 246.

¹⁹⁵⁹ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 329, p. 246.

¹⁹⁶² P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 104, p. 64 ; B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 404, p. 238. Sur ce point, v. *supra*, n° 238 et 239.

¹⁹⁶³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

européenne et à intégrer son vocabulaire, elle ne va pas jusqu'à imiter sa pratique de contrôle de l'intérêt général à travers le but légitime. Entretenant un rapport ambivalent avec le principe même du contrôle de l'intérêt général (A), elle brouille la distinction entre le contrôle *in abstracto* et *in concreto* au détriment de l'intérêt général (B) et pratique un contrôle *in concreto* qui prend peu en compte les choix du législateur (C).

A. Le rapport ambivalent de la Cour de cassation au contrôle de l'intérêt général

472. Tout se passe comme si, finalement, la Cour de cassation cherchait à reproduire le plus fidèlement possible la méthode de la Cour européenne. Elle reprend notamment à son compte le contrôle de la marge nationale d'appréciation, ce qui revient à évaluer sa propre compétence (1). Cependant, cette pratique ne s'accompagne pas d'une reprise du travail de contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme, la mise en œuvre oscillant entre ambivalence et indifférence à l'égard de l'intérêt général (2). Seuls les contentieux de la rétroactivité de la loi avec la mise en œuvre du « motif impérieux d'intérêt général », ainsi que de la liberté d'expression avec le « débat d'intérêt général » semblent correspondre à un véritable travail de qualification comparable à celui de la Cour européenne (3).

1. Le contrôle de la marge nationale d'appréciation par la Cour de cassation : la détermination par la Cour de sa propre compétence

473. **Le contrôle de la Cour de cassation théoriquement calqué sur la marge d'appréciation laissée par la Cour européenne.** Pour la Cour de cassation, évaluer la marge d'appréciation dans une situation donnée revient à estimer l'étendue de sa propre compétence : elle se trouve dans la situation délicate de devoir anticiper la marge d'appréciation que la Cour européenne lui laisse dans chaque domaine, afin d'estimer le contrôle qu'elle doit elle-même effectuer sur la loi. Une fois cette estimation effectuée, elle doit ajuster son examen sur le contrôle, réel ou supposé, de la Cour européenne. L'exercice est d'autant plus périlleux que le contrôle de la Cour européenne est imprévisible et que rien ne semble y échapper : elle contrôle même « dans » les limites de la marge d'appréciation¹⁹⁶⁴ et selon une intensité variable¹⁹⁶⁵. Elle

¹⁹⁶⁴ Bien que consciente que la mise en œuvre d'un contrôle à la manière de la Cour ne saurait lui faire échapper à tout censure (*Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 10, p. 6), la Cour de cassation entend, « alléger » le travail de la Cour européenne en appliquant les méthodes de la Convention européenne et en particulier de la balance des intérêts (*ibid.*, n° 9, p. 6).

¹⁹⁶⁵ F. Merloz, « Notes sur la notion de marge nationale d'appréciation de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité – Cour de cassation – Rapport 2020*, C. Arens et A.-M. Batut (dir.), juin 2020, p. 33 et s., spéc. p. 34 : La Cour de cassation appréhende ainsi la marge nationale d'appréciation comme « un outil de régulation [...] amené à évoluer en permanence », mais « il est très difficile de dresser un tableau précis de l'usage que fait la Cour [européenne des droits de l'homme] », notamment en raison de la prise en compte du fameux critère du consensus européen (*Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 11, p. 6. Sur les difficultés soulevées par cet élément, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 141, p. 227 ; n° 143, p. 229 ; n° 146, p. 235).

tente notamment de s'aligner sur la prise en compte de la marge d'appréciation en fonction des articles¹⁹⁶⁶.

2. Le contrôle de l'intérêt général par la Cour de cassation : entre ambivalence et indifférence

474. Si la Cour de cassation s'emploie à reproduire les directives de la Cour européenne en ce qui concerne la marge nationale d'appréciation, aucun des documents de travail ne fait véritablement référence à la manière d'identifier et de manier le but légitime, ni à son importance dans le raisonnement. De même, aucune méthode n'est donnée quant à la manière de qualifier l'intérêt général, au regard des éléments exigés par la Cour européenne. En cela, la Cour de cassation semble ne pas avoir conscience, ou ne semble pas vouloir adopter, la pratique des juges strasbourgeois.

475. **L'affirmation du refus du contrôle du contenu de l'intérêt général poursuivi par la loi : les contradictions de la Cour de cassation.** La Cour de cassation affirme ne pas devoir se soucier du contrôle de l'intérêt général poursuivi par la loi : c'est ce qu'elle explique dans le document *Memento sur le contrôle de conventionnalité*, mis en ligne sur son site Internet pour guider les juges dans cette nouvelle pratique. En ce qui concerne le but légitime, la Cour de cassation estime que : « lorsque l'ingérence est prévue par un texte de loi, il ne s'agit pas pour le juge d'apprécier la légitimité du but poursuivi par le législateur », car alors « il s'immiscerait [...] dans un rôle qui n'est pas le sien et qui n'appartient qu'au législateur en vertu du principe de la séparation des pouvoirs »¹⁹⁶⁷. Une formulation quasiment identique est employée pour décrire la pratique du contrôle des restrictions aux droits procéduraux garantis par l'article 6 de la Convention¹⁹⁶⁸. La Cour de cassation déclare ainsi à plusieurs reprises ne pas être compétente pour contrôler la légitimité des objectifs poursuivis par le législateur et ce, en dépit de l'invitation directe du texte de la Convention pour les droits dotés d'une clause

¹⁹⁶⁶ F. Merloz, « Notes sur la notion de marge nationale d'appréciation... », *op. cit.*, spéc. p. 34 : la Cour de cassation note que la marge nationale d'appréciation joue un rôle particulièrement important dans le cadre des articles dotés d'une clause d'ordre public ainsi que dans l'application de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel et de l'article 14 relatif à la non-discrimination. Elle s'emploie ainsi à une analyse article par article de la marge nationale d'appréciation et souligne le rôle important joué par la notion de consensus européen. Parmi les distinctions notables, les articles 8 à 11 permettent ainsi de laisser une grande place à la notion de marge nationale d'appréciation puisqu'ils prévoient expressément la possibilité de restrictions, ce qui est également le cas pour l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel (p. 36). L'envergure de ces notions est en revanche plus faible dans le cadre de l'application de l'article 6 (p. 35 et 36). En ce qui concerne les droits indérogeables, la marge nationale d'appréciation trouve application dans certaines questions de société très débattues, telles que les questions de début et de fin de vie dans l'application de l'article 2 de la Convention (p. 34 et 35).

¹⁹⁶⁷ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 75, p. 17.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, n° 138, p. 33 : « lorsque cette restriction est prévue par un texte, il ne s'agit pas pour le juge d'apprécier la légitimité du but poursuivi par le législateur. À défaut, il s'immiscerait dans un rôle qui n'est pas le sien et qui n'appartient qu'au Parlement, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs ».

d'ordre public. À l'image du Conseil constitutionnel, la Cour semble en effet estimer qu'il ne relève pas de sa compétence d'examiner les objectifs poursuivis par le législateur : « il y a lieu de rappeler à cet égard que le Conseil constitutionnel lui-même se refuse avec constance à contrôler les finalités poursuivies par le législateur et n'exerce qu'un contrôle restreint sur les moyens mis en œuvre pour les atteindre, estimant qu'«il ne lui revient pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi» »¹⁹⁶⁹. La Cour de cassation procède en revanche à la comparaison des objectifs poursuivis par le législateur aux buts légitimes prévus dans les articles de la Convention. Ainsi, qu'elle le dit expressément : « en revanche, il appartient au juge d'analyser la disposition légale au regard des buts admissibles définis par la Convention elle-même ou par la jurisprudence de la Cour [européenne des droits de l'homme] »¹⁹⁷⁰. Si la tension entre le refus d'apprécier la légitimité du but poursuivi par le législateur et l'admission de la comparaison avec les objectifs prévus par la Convention est compréhensible pour les droits dotés d'une clause d'ordre public – ces deux postures n'étant pas nécessairement incompatibles – la double affirmation apparaît plus surprenante, bien que conforme à la jurisprudence de la Cour¹⁹⁷¹, dans le cas de l'article 6 qui ne comporte pas de clause d'ordre public¹⁹⁷². En effet, dans le cas où le texte ne prévoit rien, l'analyse des limitations s'approche davantage de l'appréciation de « la légitimité du but poursuivi par le législateur » selon les termes du *Memento*. Si la position de la Cour de cassation n'apparaît pas antithétique pour les droits dotés d'une clause d'ordre public – ce n'est pas nécessairement la même chose de contrôler la légitimité du but d'une loi et de le comparer avec les standards d'un texte – elle apparaît plus ambivalente dans l'hypothèse de l'article 6 de la Convention pour lequel la détermination du but légitime est purement jurisprudentielle et laissée à l'appréciation du juge. Il semble qu'il y ait donc ici un message paradoxal de la part de la Cour de cassation : tout en affirmant son incompétence pour apprécier la légitimité des objectifs poursuivis par le législateur, elle déclare devoir les comparer avec les buts prévus par la Convention, y compris lorsque le texte n'en prévoit pas explicitement. Elle affirme donc ne pas examiner les objectifs tout en effectuant le contrôle.

¹⁹⁶⁹ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 76, p. 17.

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*, n° 77, p. 17.

¹⁹⁷¹ Sur ce point et sur les limitations implicites, v. *supra*, n° 46.

¹⁹⁷² *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 139 et 140, p. 33 et 34 : à propos de l'application de l'article 6 de la Convention, elle affirme à nouveau qu'il « incombe au juge d'analyser la disposition légale au regard des buts admissibles par la Convention », et d'énumérer les buts qui ont été qualifiés de légitime dans la jurisprudence de la Cour européenne.

476. L'identification rapide du but légitime. La Cour de cassation procède pourtant à l'identification de l'intérêt général dans certains cas. Dans un arrêt du 13 juin 2019, elle exerce un contrôle de l'intérêt général substantiel et isole deux enjeux différents permettant de justifier la mesure. Le premier apparaît au stade du contrôle *in abstracto* du but légitime : la règle « tend à protéger les droits des tiers qui n'ont pas été parties à la procédure et auxquels la décision n'a pas été notifiée »¹⁹⁷³, objectif qui se rattache implicitement au « but légitime » de la « protection des droits et libertés d'autrui » prévu par l'article 8. Le second est identifié lors de l'étape du contrôle *in abstracto* de la mesure : il s'agit du « but de sécurité et de stabilité de la filiation adoptive »¹⁹⁷⁴. Ce dernier ne fait pas non plus l'objet d'une quelconque qualification au regard de l'article 8 de la part de la Cour de cassation. Son rattachement aux buts légitimes prévus par le texte n'est du reste pas évident : parmi ceux qui peuvent s'y rattacher par la sémantique, la « sûreté publique » s'apparente davantage à une sécurité concrète et physique que juridique, la « défense de l'ordre » semble se rattacher à des considérations de droit pénal et seule, une fois encore, la « protection des droits et libertés d'autrui » pourrait servir de justification pour rattacher cet enjeu d'intérêt général.

477. La Cour de cassation procède ainsi le plus souvent à une forme de qualification partielle et incomplète, qui semble être le reflet de son indécision quant au maniement de la limite d'intérêt général.

3. Deux cas particuliers de qualification de l'intérêt général

478. La Cour de cassation procède explicitement à la qualification de l'intérêt général au moyen de la Convention européenne des droits de l'homme dans deux situations. La première est l'unique exemple de contrôle d'un intérêt général en raison de sa particulière importance : il s'agit du motif impérieux d'intérêt général en cas de rétroactivité de la loi (a). La seconde ne correspond pas véritablement à la mise en œuvre d'un enjeu d'intérêt général, mais d'un critère de renforcement de la mise en œuvre de la liberté d'expression : il s'agit du « débat d'intérêt général » (b).

a. Cas particulier du motif impérieux d'intérêt général

479. Les « motifs impérieux d'intérêt général » devant la Cour de cassation : exception à l'absence de hiérarchisation des enjeux d'intérêt général devant la Cour de cassation. La qualification du « motif impérieux d'intérêt général » est sans doute la seule

¹⁹⁷³ Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100, nous soulignons. Sur cet arrêt, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 207 et 208, p. 213 et 214 : l'auteur souligne la distinction qui est fait entre le contrôle de la *loi* et celui de la *mesure*.

¹⁹⁷⁴ *Idem*.

exception à l'absence de hiérarchisation des enjeux d'intérêt général devant la Cour de cassation. L'apparition du critère du motif impérieux d'intérêt général devant la Cour de cassation vient de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁷⁵ ; il est mis en œuvre face à l'article 6 de la Convention, à l'occasion de l'examen d'une disposition ayant des effets rétroactifs, en dehors du cas des lois pénales¹⁹⁷⁶. Une loi de validation peut ainsi être admise dès lors qu'elle n'interfère pas démesurément avec l'article 6 de la Convention, et notamment, lorsqu'elle se trouve justifiée par un motif impérieux d'intérêt général¹⁹⁷⁷. Il revient donc à la Cour de cassation d'identifier l'enjeu d'intérêt général et d'apprécier s'il est suffisamment « impérieux » pour justifier les effets rétroactifs de la règle. Le critère fut par la suite repris par le Conseil constitutionnel¹⁹⁷⁸.

480. La qualification des motifs impérieux d'intérêt général devant la Cour de cassation. La vérification par la Cour de cassation de la présence de motifs impérieux d'intérêt général peut la conduire à refuser cette qualification. Ce fut le cas dans un arrêt d'Assemblée plénière du 23 juin 2004, au sujet d'une loi interprétative intervenue en cours d'instance sur les conditions de révision du loyer d'un bail commercial : « si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, *sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général*, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges [...] » ; en l'espèce, « il ne résulte *ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général* pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive

¹⁹⁷⁵ C. Cyteval, *thèse préc.*, n° 306, p. 149 ; J. Roux, « Du “but d'intérêt général suffisant”... », *art. préc.*

¹⁹⁷⁶ J. Roux, « Du “but d'intérêt général suffisant”... », *art. préc.* Sur la jurisprudence européenne, v. CEDH, 23 oct. 1997, *National et Provincial Building Society et al. c. Royaume-Uni*, n° 21319/93, 21449/93 et 21675/93, §112 (accès à un tribunal) et CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Srtatis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87, §49 (prééminence du droit et le droit à procès équitable), v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 382, p. 602.

¹⁹⁷⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 382, p. 603 : désormais, trois critères sont exigés pour permettre une telle pratique : le « caractère non définitif de la procédure juridictionnelle », la « proportionnalité de l'atteinte » et surtout le « motif d'intérêt général impérieux ».

¹⁹⁷⁸ J. Roux, « Du “but d'intérêt général suffisant”... », *art. préc.*, au sujet de la décision Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, cons. 3.

dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours »¹⁹⁷⁹. Dans un arrêt de la chambre sociale du 24 avril 2001, les juges adoptèrent une solution similaire¹⁹⁸⁰.

b. La trompeuse qualification du « débat d'intérêt général »

481. La liberté d'expression : l'importance trompeuse du « débat d'intérêt général ». La qualification de l'intérêt général est dans ce cas trompeuse en ce qu'elle ne correspond pas à une réserve étatique de restriction d'une liberté, mais plutôt à une réserve individuelle protégeant la mise en œuvre d'une liberté¹⁹⁸¹. Ainsi, la place donnée à l'intérêt général n'est alors qu'apparente.

482. L'approche théorique du contrôle selon l'article 10 de la Convention. Comme les autres articles porteurs d'une clause d'ordre public, l'article 10 relatif à la liberté d'expression devrait théoriquement faire l'objet d'un contrôle « étendu » constitué par l'analyse des motifs pertinents et suffisants, ainsi que la proportionnalité au sens strict¹⁹⁸². Pour ce qui est du contrôle du but légitime, la Cour de cassation se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne pour la qualification des objectifs poursuivis par le législateur, ce qui semble suggérer une appréciation du contenu de l'objectif poursuivi¹⁹⁸³. Comme pour l'article 8, la proportionnalité n'est appréciée qu'au sens strict s'il s'agit de la violation d'une obligation positive ou du conflit entre deux droits et libertés¹⁹⁸⁴. La plupart du temps, la mise en œuvre de l'article 10 de la Convention constitue une limite à d'autres libertés, et en particulier au droit à la vie privée¹⁹⁸⁵. La confrontation avec une ingérence étatique est plus rare devant la Cour de cassation que devant la Cour européenne des droits de l'homme, où les requérants se plaignent plus souvent d'une ingérence directement causée par l'État dont ils sont ressortissants. La Cour de cassation est, quant à elle, plus souvent confrontée à des conflits de libertés. Ces cas, ainsi

¹⁹⁷⁹ Ass. plén., 23 janv. 2004, n° 03-13.617, nous soulignons ; v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 382, p. 605. Pour une formulation quasiment identique, v. Civ. 3^e, 22 mars 2005, n° 04-11.878.

¹⁹⁸⁰ Soc., 24 avr. 2001, n° 00-44.148 : il était question en l'espèce de l'entrée en vigueur, au cours de l'instance, d'une loi du 29 janvier 2000 (loi n° 2000-37 du 29 janv. 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail) dont l'article 29 prévoyait une modification des modalités de rémunération des heures supplémentaires nocturnes défavorables au salarié ; la Cour de cassation a ainsi estimé qu'il n'existait pas de motif impérieux d'intérêt général de nature à permettre l'application de ces dispositions aux litiges en cours. V. J. Roux, « Du "but d'intérêt général suffisant"... », *art. préc.* ; pour des exemples en droit social, v. aussi *Cour de cassation – Rapport public 2013 – L'ordre public*, site Internet C. cass., p. 251 et 252.

¹⁹⁸¹ Rejoint l'importance de la qualification précise des conflits de droits : P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 871 et s., p. 576 et s.

¹⁹⁸² *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 52, p. 89 et 90. La Cour de cassation vérifie l'applicabilité du droit (n° 30 à 33, p. 83 et 84), la présence d'une ingérence (n° 34 à 37, p. 84 et 85), le fondement légal de l'ingérence (n° 38 et s., p. 86 et s.), le but légitime (n° 45 et s., p. 88 et s.), la nécessité dans une société démocratique (n° 51 et s., p. 89 et s.), au moyen des motifs pertinents et suffisants (n° 52, p. 89 et 90), ainsi que la proportionnalité au sens strict (n° 52, p. 89 et 90).

¹⁹⁸³ *Ibid.*, n° 45 à 50, p. 88 et 89.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, n° 55 à 57, p. 91.

¹⁹⁸⁵ Sur ce point, v. *infra*, n° 758 et s.

que ceux d'une ingérence passive, donnent lieu à un simple contrôle de proportionnalité au sens strict¹⁹⁸⁶.

483. Le « débat d'intérêt général » comme protection de la liberté de la presse contre le droit à la vie privée. La Cour de cassation a repris la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et utilise désormais le critère du débat d'intérêt général pour admettre dans les médias les atteintes à la vie privée, à l'honneur et à la réputation¹⁹⁸⁷. La marge nationale d'appréciation sur le sujet varie selon la qualification de ce « débat d'intérêt général » : dès lors que cette qualification est retenue, la marge se réduit¹⁹⁸⁸ ; elle s'élargit en revanche lorsque sont en conflit deux droits et libertés¹⁹⁸⁹. Dans un arrêt du 29 mars 2017, la Cour de cassation considéra en effet, à propos de la captation d'images d'un médecin, dans son cabinet, identifiable malgré la modification de sa voix et la dissimulation de son visage, « que la liberté de la presse et le droit à l'information du public autorisent la diffusion de l'image de personnes impliquées dans un événement d'actualité ou illustrant avec pertinence un *débat d'intérêt général*, dans une forme librement choisie, sous la seule réserve du respect de la *dignité* de la personne humaine »¹⁹⁹⁰. L'arrêt est rendu aux visas des articles 9 et 16 du code civil, ainsi que de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les juges se contentent d'effectuer une simple balance des intérêts, car ils considèrent, ainsi qu'ils le rappellent dans un arrêt du 21 mars 2018, que « le droit au respect de la vie privée et le droit au respect dû à l'image d'une personne, d'une part, et le droit à la liberté d'expression, d'autre part, ont la même valeur normative »¹⁹⁹¹. Ainsi, le raisonnement impose au juge de « rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »¹⁹⁹². La caractérisation d'un « débat d'intérêt général » suffit à écarter l'atteinte à la vie privée, sous la simple réserve de la dignité de la personne¹⁹⁹³. La réserve du « débat d'intérêt général » conduit donc à un renforcement de la liberté d'expression¹⁹⁹⁴.

¹⁹⁸⁶ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 55 et 57, p. 91.

¹⁹⁸⁷ P. Ducoyombier, *thèse préc.*, n° 98, p. 58 et s. La Cour utilise différents critères, notamment, celui de la fonction de la personne visée – la liberté d'expression étant plus large concernant les informations touchant les personnes impliquées en politique et certains fonctionnaires (*Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 61 et 62, p. 92) – et de la nature du sujet traité – notamment en distinguant entre les informations participant au débat public de celles de nature à satisfaire la curiosité du public (*ibid.*, *op. cit.*, n° 63 et 65, p. 92 à 94).

¹⁹⁸⁸ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 66 à 68, p. 94 et 95.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, n° 69, p. 95.

¹⁹⁹⁰ Civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 15-28.813, nous soulignons.

¹⁹⁹¹ Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 16-28.741.

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ Civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 15-28.813, attendu de principe.

¹⁹⁹⁴ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 525, p. 309.

484. Le « débat d'intérêt général », une illusion d'intérêt général. Le « débat d'intérêt général » ne constitue pas une limite prévue par la loi pour la restriction d'un droit ou d'une liberté : il s'agit avant tout d'un masque pour une protection accrue de la liberté d'expression¹⁹⁹⁵. Dans ce cas, l'intérêt général ne représente pas l'objectif poursuivi par la loi, il renforce simplement la liberté d'expression ; il n'est alors en aucun cas comparable à la limite d'intérêt général à l'exercice d'une liberté telle que formulée dans une clause d'ordre public.

485. À l'exception de la qualification occasionnelle d'un motif impérieux d'intérêt général, la Cour de cassation ne procède pas à la hiérarchisation des enjeux d'intérêt général et son travail de qualification est bien moins poussé que celui de la Cour européenne. Cette situation est accentuée par le fait qu'elle ne semble pas intégrer complètement la distinction entre le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto*.

B. Une pratique brouillée de la distinction entre le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto* source de confusion quant à la place de l'intérêt général

486. Depuis quelques années, la Cour de cassation s'emploie à distinguer deux formes de contrôle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme : le contrôle dit *in abstracto*, de la validité abstraite de la norme au regard des exigences conventionnelles, et le contrôle *in concreto*, de la règle appliquée au cas particulier¹⁹⁹⁶. Toutefois, la distinction entre le contrôle *in abstracto* et le contrôle *in concreto* dans sa pratique est parfois si ténue que certains auteurs contestent son existence (1). Si la Cour de cassation affirme expressément effectuer séparément les deux contrôles (2), elle contribue à brouiller la distinction à la manière de la Cour européenne en procédant à une sorte de contrôle « mixte » mêlant les deux approches¹⁹⁹⁷. En effet, tout se passe comme si elle reprenait à son compte l'ambiguïté du contrôle des juges de Strasbourg en comparant un intérêt général abstrait à des intérêts particuliers concrets, par une approche tronquée du contrôle de proportionnalité. Sa pratique du contrôle de proportionnalité au sens strict, ou balance des intérêts, apparaît exclusivement concrète, tandis que les deux premières étapes semblent exclusivement abstraites (3). Par conséquent, elle ne procède pas à la mise en œuvre satisfaisante de la distinction entre l'intérêt général concret et l'intérêt général abstrait dans son contrôle¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁵ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 98, p. 58 et s. Sur ce point, v. aussi *infra*, n° 756 et s.

¹⁹⁹⁶ V. sur la Cour européenne *supra*, n° 457 et s.

¹⁹⁹⁷ Pour une présentation différente, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 209 et 212, p. 215 et s. : l'auteur considère que la Cour de cassation mélange les logiques du contrôle de la « nécessité dans une société démocratique » et du triple test de la cour constitutionnelle allemande (qu'elle distingue, v. n° 41 et n° 205) et les superpose, bien qu'ils « obéissent », selon elle, à des « logiques différentes » (n° 213).

¹⁹⁹⁸ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

1. Une distinction contestée en doctrine

487. Limpidité théorique de la distinction. La distinction entre contrôle *in concreto* et contrôle *in abstracto* existe dans la jurisprudence de la Cour de cassation et s'inspire de nombreux travaux doctrinaux. Son existence théorique ne semble pas soulever de doute : c'est une chose de déclarer qu'une loi est incompatible avec les droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme, c'en est une autre de dire qu'appliquer la loi en l'espèce porterait une atteinte démesurée aux droits et libertés de l'une des parties. Ainsi, la « distinction entre abstrait [et] concret tient en l'existence de faits s'intercalant dans le rapport de normes »¹⁹⁹⁹. Ce serait donc la présence des faits qui différencierait le contrôle *in concreto* du contrôle *in abstracto*. En ce qui concerne l'intérêt général, il doit apparaître dans les deux balances d'intérêts : la balance abstraite sans aucun doute, mais également la balance concrète, sous la forme d'un intérêt général qualifié en fonction des données du litige. Au besoin, des intérêts particuliers convergents peuvent venir au secours de l'objectif poursuivi par la loi afin d'asseoir sa légitimité dans le raisonnement. Pourtant, la distinction n'est pas unanimement admise²⁰⁰⁰.

488. Accentuation du doute : la proximité des résultats des deux raisonnements. Messieurs Louis Dutheillet de Lamothe et Guillaume Odinet soulignent les similitudes liées aux effets des deux contrôles ; ils évoquent la « proximité intellectuelle entre la loi déclarée inconstitutionnelle *in abstracto* en tant qu'elle s'applique à un ensemble de situations rarissimes

¹⁹⁹⁹ L. Gay, « Repenser le contrôle concret... », *art. préc.*, spéc. p. 123.

²⁰⁰⁰ V. not. J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.*, spéc. p. 825 : « aucun système de contrôle de la loi n'est purement abstrait ou strictement concret » ; A. Chauvet, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 30. Certains auteurs relèvent que l'existence même du contrôle abstrait est contestable : ainsi de Monsieur Alex Chauvet, qui estime que, dès l'arrêt *Jacques Vabre*, le contrôle de conventionnalité était nécessairement concret : v. A. Chauvet, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 31 : l'auteur tire argument de l'article 55 de la Constitution qui n'a jamais prévu de contrôle abstrait de conventionnalité, ce qui ne nous convainc pas dans la mesure où l'article 55 n'encourageait aucunement le contrôle de conventionnalité et n'avait qu'une simple portée de hiérarchie des normes ; le passage au contrôle de conventionnalité relève ainsi d'une interprétation très large de l'article. Sur ce point, v. également H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4, p. 34 et s., Ch. mixte, 24 mai 1975, dit arrêt *Jacques Vabre*, n° 73-13.556, n° 4, p. 38 : « Reconnaître au juge le pouvoir d'écarter l'application d'une loi au motif qu'elle est contraire à un traité, c'est en effet soumettre le législatif au contrôle du judiciaire contrairement à notre tradition de séparation des pouvoirs. Enfin, s'il est vrai que la Constitution de 1958 n'adhère plus au dogme du caractère sacré de la loi, c'est au Conseil constitutionnel, et à lui seul, qu'elle a conféré le pouvoir de contrôler la validité de celle-ci. Dès lors, il semblerait que les tribunaux ne puissent exercer sur la loi contraire au traité un contrôle de conventionnalité qui s'apparente d'assez près à un contrôle de constitutionnalité des lois ». Monsieur Alex Chauvet est rejoint par E. Geffray, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, n° 316734, p. 28 et 29, qui estime que le contrôle est « indissociable d'un litige donné » et a vocation à varier selon « le contenu des normes confrontées ». De même, selon la professeure Pascale Deumier, le caractère abstrait ou concret du contrôle, à la « délimitation » peu étanche et qui dépendrait en réalité de l'étape de raisonnement envisagée, rend « vaine » la distinction : P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.*, v. E. Geffray, concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, n° 316734, p. 28. V. E. Dubout, « L'efficacité structurelle... », *art. préc.*, à propos de la proportionnalité au sens strict : « C'est à ce stade qu'une véritable pondération *stricto sensu*, ou mise en balance, est nécessaire. Or, elle ne peut pas être effectuée de façon abstraite mais uniquement au cas par cas ».

et défini de façon très stricte et la loi écartée *in concreto* dans une espèce particulière »²⁰⁰¹. Si une loi a été correctement conçue, les violations des droits fondamentaux doivent être exceptionnelles au point de n'apparaître que lors du contrôle *in concreto* et dans des cas très rares. De deux choses l'une : soit une loi heurte *in abstracto* des intérêts particuliers d'une manière si fréquente et importante que son objectif ne saurait justifier de telles atteintes, soit l'atteinte est rare et dérisoire, et dans ce cas, seul le contrôle *in concreto* peut conduire à l'écarter. Ainsi, les effets des deux contrôles sont plus proches qu'il n'y paraît.

489. Accentuation de la confusion : la théorie devant la Cour de cassation. Dans le document de travail servant de guide à la réalisation du contrôle de proportionnalité, le *Memento*, la Cour de cassation ne semble faire aucune différence entre les deux modes de mise en œuvre des étapes de raisonnement, si ce n'est lors de la dernière étape, celle de la proportionnalité au sens strict, pour laquelle elle précise que le contrôle doit avoir lieu *in concreto*²⁰⁰². Ainsi, elle ne distingue véritablement que deux types de contrôle. Le premier est le contrôle « étendu » pour les droits dotés d'une clause d'ordre public, qui comprend les trois étapes classiques d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité *stricto sensu*, pour laquelle il est précisé qu'elle doit être recherchée *in concreto*²⁰⁰³. Le second est dit « restreint » et n'intègre que « le contrôle de proportionnalité au sens strict, décrit ci-dessus »²⁰⁰⁴. Pour la Cour de cassation, il n'y a donc pas véritablement de différence entre le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto* : tout se rassemble sous l'appellation « contrôle de proportionnalité proprement dit »²⁰⁰⁵, qui mélange les deux approches. Tout se passe comme si, finalement, il n'y avait pas de distinction de raisonnement : il s'agit simplement d'appliquer le même chemin intellectuel pour les deux contrôles. Bien que la Cour de cassation ait à cœur de rationaliser sa pratique de la Convention européenne des droits de l'homme et de faire sienne la distinction entre le contrôle de conventionnalité *in concreto* et le contrôle *in abstracto*, elle propose une méthode de raisonnement unique, distinguant simplement les objectifs du contrôle.

2. Une distinction existante

490. La raison de la confusion : une assimilation inexacte du contrôle *in concreto* à la balance des intérêts. L'analyse des documents de travail de la Cour de cassation révèle

²⁰⁰¹ L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 1400 : les auteurs se prononcent cependant favorablement à l'existence de la distinction entre les deux contrôles, en effet selon eux, malgré leur proximité occasionnelle, « ces deux contrôles restent d'une nature différente ».

²⁰⁰² *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 86, p. 19.

²⁰⁰³ *Ibid.*, n° 84 à 86, p. 18 et 19.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*, n° 87, p. 19.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, n° 4.5, p. 18.

que, dans sa perception même des choses, la Cour confond le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto*. Dans son *Memento* sur le contrôle de conventionnalité, quand elle décrit le contrôle de conventionnalité « de la règle de droit elle-même » ou contrôle *in abstracto*, elle affirme : « l'appréciation du juge doit se fonder sur les *circonstances du litige* dont il est saisi et suivre les différentes étapes du contrôle »²⁰⁰⁶. La référence, pour l'appréciation abstraite de la règle, aux « circonstances du litige », est éloquente par son caractère contradictoire : en théorie, le contrôle *in abstracto* ne doit en aucun cas se fonder sur les circonstances du litige, puisqu'il s'intéresse à la validité de la loi indépendamment de son application. Au sujet des droits de procédure qui ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle *in concreto*, la Cour estime en outre que : « [la] jurisprudence actuelle [de la deuxième chambre civile] repose sur l'idée suivante : en ce domaine, le contrôle porte sur la conformité des normes de procédure civile internes aux exigences européennes à un procès équitable, à l'exclusion de toute mise en balance des intérêts, qui porterait atteinte au principe de sécurité juridique puisqu'alors, l'application du droit procédural ne serait plus uniforme et prévisible »²⁰⁰⁷. Ainsi, tout se passe comme si, pour la Cour, la balance des intérêts et le contrôle *in concreto* étaient équivalents, puisqu'*exclure le contrôle in concreto revient à exclure la balance des intérêts*. Ceci ressort également de ce qu'écrit Monsieur le président Bruno Pireyre au sujet de la deuxième chambre civile : il estime en effet que la balance des intérêts, également appelée proportionnalité *stricto sensu*, dernière phase du contrôle pour les droits porteurs d'une clause d'ordre public, permet le contrôle *in concreto*, écarté dans le cas de droits de procédure²⁰⁰⁸. Il justifie une telle position en considérant que ces règles « n'instituent pas [...] des droits subjectifs » mais constituent des « règles du jeu qui valent et s'imposent à tous les plaideurs »²⁰⁰⁹ ; il s'agit donc davantage d'appliquer une méthode de l'interprétation conforme à la Convention et un contrôle *in abstracto* plutôt que le contrôle *in concreto*²⁰¹⁰. Or, en écartant la balance des intérêts, la deuxième chambre civile n'écarte pas seulement le contrôle *in concreto*, elle écarte également la dernière étape du contrôle *in abstracto*. C'est par conséquent le refus de mettre l'intérêt général en balance avec les intérêts particuliers qui justifie le rejet par les juges de ce qu'ils affirment être le contrôle *in concreto* et qui est en réalité la dernière étape de ce que l'on appelle

²⁰⁰⁶ *Memento du contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, n° 18, p. 7, nous soulignons.

²⁰⁰⁷ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 7 et 8.

²⁰⁰⁸ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 20.

²⁰⁰⁹ *Ibid.* Cette position est réitérée récemment : « Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de cassation en matière de procédure civile – Étude de la deuxième chambre civile », in *Cour de cassation – Recueil annuel des études 2023*, La Documentation française, p. 33 et s.

²⁰¹⁰ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 22 ; v. aussi, sur l'interprétation conforme de la Convention, X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. cit.*, not. Civ. 1^{re}, 29 janv. 2012, n° 99-21.134/135, à la suite de l'arrêt CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, *préc.*

le contrôle de proportionnalité au sens large, qu'il soit abstrait ou concret²⁰¹¹. Ainsi, la Cour de cassation confond proportionnalité au sens strict et contrôle de proportionnalité au sens large effectué *in concreto*. Elle met en œuvre les étapes d'adéquation et de nécessité abstraitement et celle de proportionnalité au sens strict concrètement²⁰¹². Une telle approche est de nature à brouiller la distinction entre contrôle *in concreto* et contrôle *in abstracto*, en ne voyant le premier que comme une sorte d'étape tronquée du second.

491. Conséquences de la confusion au regard de l'intérêt général. L'assimilation entre la balance des intérêts et le contrôle *in concreto* pourrait avoir plusieurs conséquences sur l'intérêt général. Tout d'abord, elle reviendrait à faire disparaître toute mise en balance de l'intérêt général à l'étape du contrôle de proportionnalité abstrait. Par suite, l'intérêt général ne serait pas mis en balance avec les autres intérêts dans le cadre du contrôle des droits procéduraux. Cela signifie également que si la Cour de cassation devait effectuer uniquement un contrôle de proportionnalité *in concreto*, elle occulterait entièrement les premières étapes du contrôle de proportionnalité, pour se concentrer exclusivement sur la dernière. Enfin et surtout, elle témoigne encore d'une approche exclusivement abstraite de l'intérêt général qui, mis en balance dans le cadre d'un contrôle concret, ne saurait trouver sa juste place dans le raisonnement.

3. La pratique de la Cour de cassation : entre balance mixte et rare balance

492. Les traces d'une occasionnelle balance abstraite des intérêts dans certains arrêts relatifs à la procédure. Il semble que, dans certains cas, la deuxième chambre civile exerce ce qui s'approche d'une balance abstraite des intérêts. En effet, tout en affirmant ne pas l'appliquer, elle semble la mettre en place, mais de manière abstraite, sans prendre en compte les intérêts des parties au litige, un peu à la manière du Conseil constitutionnel lorsqu'il vérifie les garanties légales des exigences constitutionnelles, qui se rattachent, selon les commentateurs, à un contrôle de proportionnalité au sens strict²⁰¹³. Par exemple, dans l'arrêt du

²⁰¹¹ Pour s'en convaincre, v. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 7 et s. *Contra* C. Roulhac, « Le contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* : l'auteur considère que la balance de intérêts est nécessairement concrète : « La balance des intérêts, par laquelle le contrôle de conventionnalité *in concreto* de la loi est vouée à se concrétiser ».

²⁰¹² V. dans ce sens, V. Fourment, *thèse préc.*, n° 209, p. 215 et s.

²⁰¹³ V. *supra*, n° 407 et s. Pour quelques références : A. Vidal-Naquet, *thèse préc.*, n° 740 et s., p. 396 et s. ; R. Bousta, « Contrôle constitutionnel... », *art. préc.*, n° 44, qui souligne la « logique de compensation de ce contrôle ». V. également G. Merland, *thèse préc.*, p. 278 : distingue les garanties de fond et celles de procédure et J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 986, p. 451 : « l'appréciation des garanties légales des exigences constitutionnelles concerne un rapport entre la loi et la Constitution par le truchement de l'objectif législatif », il y voit un « contrôle de proportionnalité interne de la loi ».

21 février 2019 mettant en cause la compatibilité de l'article 916 du code de procédure civile avec l'article 6 de la Convention européenne, les juges décident que « [...]cette disposition *poursuit un but légitime de célérité* de traitement des incidents affectant l'instance d'appel, en vue du jugement de celui-ci dans un délai raisonnable ; que l'irrecevabilité frappant le déféré formé au-delà de ce délai *ne constitue pas une atteinte disproportionnée* au droit d'accès au juge, dès lors que les parties sont tenues de constituer un avocat, professionnel avisé, en mesure d'accomplir les actes de la procédure d'appel, dont fait partie le déféré, dans les formes et délais requis »²⁰¹⁴. La Cour de cassation, après avoir identifié le but légitime, démontre l'absence d'atteinte aux droits des parties en montrant que des garanties procédurales ont pu permettre de protéger les intérêts en jeu ; l'appréciation de l'intérêt général est en outre exclusivement abstraite.

493. L'appréciation de l'atteinte au regard du but légitime : l'absence de véritable confrontation des intérêts. La Cour de cassation, lorsqu'elle exerce ce qu'elle appelle son appréciation *in concreto*, ne confronte pas véritablement l'intérêt général avec l'intérêt particulier : elle énonce l'intérêt général en le qualifiant de but légitime, elle décrit les intérêts particuliers et la situation du justiciable qui conteste l'application de la loi au regard de l'article invoqué, mais elle ne se prononce pas sur l'importance de l'un ou l'autre des intérêts ; elle se contente d'énoncer une formule toute faite en affirmant par exemple, dans un arrêt du 7 novembre 2018, que la loi concernée « respect[e] un juste équilibre et qu'il ne port[e] pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale »²⁰¹⁵. La même formule est employée dans l'arrêt du 13 juin 2019 : le but légitime de l'article 353-2 du code civil relatif à la tierce opposition formée contre une adoption est énoncé – « protéger les droits des tiers qui n'ont pas été partie à la procédure et auxquels la décision n'a pas été notifiée »²⁰¹⁶ – la Cour énonce les intérêts des adoptées qui souhaitent que soit remise en cause l'annulation de l'adoption et conclut au « juste équilibre » sans effectuer directement la confrontation des intérêts²⁰¹⁷. Tout se passe comme si finalement l'intérêt particulier suffisait pour statuer, sans véritable confrontation avec l'intérêt général, qu'il conduise ou non à écarter la loi.

²⁰¹⁴ Civ. 2^e, 21 févr. 2019, n° 17-28.285, nous soulignons ; v. B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 23.

²⁰¹⁵ Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-26.938.

²⁰¹⁶ Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100.

²⁰¹⁷ *Ibid.*

494. Une absence de confrontation des intérêts visible dans le cas du simple contrôle de proportionnalité au sens strict pour la résolution des conflits entre deux droits. Dans un arrêt du 22 septembre 2016, la Cour de cassation se prononça sur les enquêtes menées par un assureur pour évaluer l'étendue du préjudice d'une victime d'accident de la circulation : il existait en effet une discordance entre les déclarations de la victime et les examens médicaux. Cette dernière contestait la proportionnalité des enquêtes menées quant à sa vie privée. Les juges procèdent à une balance des intérêts : « après avoir décidé, à bon droit, que les opérations de surveillance et de filature menées par les enquêteurs mandatés par l'assureur étaient, par elles-mêmes, de nature à porter atteinte à la vie privée de [la victime et sa mère], la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, énoncé qu'il convenait d'apprécier si *une telle atteinte était proportionnée au regard des intérêts en présence, l'assureur ayant l'obligation d'agir dans l'intérêt de la collectivité des assurés* et, pour ce faire, de vérifier si la demande en réparation de la victime était fondée ; qu'ayant constaté que les opérations de surveillance avaient concerné l'intérieur du domicile de [la victime] et de sa mère, que les enquêteurs avaient procédé à la description physique et à une tentative d'identification des personnes s'y présentant et que les déplacements de [la mère de la victime] avaient été précisément rapportés, elle a pu en déduire que *cette immixtion dans leur vie privée excédait les nécessités de l'enquête privée et que, dès lors, les atteintes en résultant étaient disproportionnées au regard du but poursuivi* »²⁰¹⁸. La Cour de cassation ne procède ni à la confrontation, ni à la hiérarchisation des intérêts²⁰¹⁹.

495. Un exemple de mise en œuvre de ce contrôle mixte par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 7 novembre 2018²⁰²⁰, il était question de la validité du délai pour contester la paternité légalement établie. Après avoir rappelé le texte de l'article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale, la Cour constate son applicabilité au litige, vérifie la légalité de l'ingérence et identifie rapidement le but légitime : « protéger les droits des tiers et la sécurité juridique ». Elle procède lapidairement aux contrôles d'adéquation et de nécessité : « 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

²⁰¹⁸ Civ. 1^{re}, 22 sept. 2016, n° 15-24.015, nous soulignons.

²⁰¹⁹ Pour une solution similaire, v. Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403 : « le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi » avant d'énumérer les mesures prises pour se procurer les preuves, mais sans établir clairement dans quel objectif la preuve était récoltée, et sans confronter ce but aux intérêts en cause.

²⁰²⁰ Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938.

nécessaires pour parvenir au but poursuivi et adéquates au regard de cet objectif » avant de rappeler qu'« il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, 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 ». Elle effectue ici la confusion entre la balance des intérêts ou proportionnalité au sens strict, dernière étape du contrôle de proportionnalité au sens large, et le contrôle *in concreto*. Cette situation la conduit à mettre en balance l'intérêt général abstrait de la loi avec les intérêts particuliers, sans qualifier l'intérêt général concret lié à l'application de la loi en l'espèce, ni procéder à une balance des intérêts abstraite de nature à valider le choix du législateur. De même, dans un arrêt du 14 octobre 2020, les juges de la Cour de cassation avaient à connaître d'une action en recherche de paternité intentée contre un homme malgré l'adoption par un autre couple sous l'égide de la loi anglaise²⁰²¹. La Cour d'appel avait accueilli la demande au nom du juste équilibre entre, d'une part, le droit à la vie privée et familiale et de connaître ses origines et, d'autre part, l'intérêt général constitué par la sécurité juridique et les droits des héritiers du père supposé. L'arrêt fut cassé aux motifs « [...] que [la demanderesse à l'action en recherche de paternité], qui connaissait ses origines personnelles, n'était pas privée d'un élément essentiel de son identité, d'autre part, qu[e le père prétendu, puis son héritier], [...] n'avaient jamais souhaité établir de lien, de fait ou de droit, avec elle, de sorte qu'au regard des intérêts de [l'héritier du père prétendu], de ceux de la famille adoptive et de l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de [la demanderesse à l'action] que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Bien que la prétention ait été ici rejetée, l'intérêt général est mis en balance avec les intérêts particuliers sans véritable identification précise de l'intérêt général concret, malgré l'invitation du pourvoi.

496. Des interférences de niveaux conduisant à mettre en balance l'intérêt général abstrait avec les intérêts particuliers dans un contrôle concret. La pratique de la Cour de cassation, entre identification lapidaire de l'intérêt général et mise en balance partielle, entraîne donc, comme devant la Cour européenne, une certaine « interférence de niveaux »²⁰²² entre le contrôle abstrait et le contrôle concret, car elle compare des « préjudices concertés »

²⁰²¹ Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, 19-15.783.

²⁰²² S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251. Sur un constat de mélange des logiques, v. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 209, p. 215.

avec des « bénéfiques abstraits »²⁰²³. Tous les intérêts généraux se trouvent ainsi mis sur le même plan²⁰²⁴. L'intérêt général très abstrait est alors perçu comme dérisoire face à l'intérêt particulier concret et incarné, porté par un droit fondamental²⁰²⁵. La polarisation du contrôle autour de l'approche *in concreto* révèle devant la Cour de cassation l'importance des intérêts particuliers. En effet, par le double phénomène de l'importance du contrôle *in concreto* et de la faible place de l'intérêt général, la Cour de cassation, volontairement ou non, donne une place centrale aux intérêts particuliers.

497. Conclusion de la section. Le contrôle effectué par la Cour européenne conduit à un véritable travail d'identification et de qualification de l'intérêt général. Toutefois, sa pratique laisse à désirer s'agissant de la distinction entre le contrôle de la règle en elle-même et celui de son application à l'espèce. Procédant le plus souvent à une identification abstraite de l'intérêt général, la Cour le confronte aux intérêts particuliers dans un contrôle en grande majorité concret, ce qui explique l'impression d'insignifiance de l'intérêt général face à des enjeux individuels incarnés. La Cour de cassation, qui s'emploie à transposer le plus fidèlement possible la pratique de la Cour européenne, ne semble ainsi pas mettre en œuvre d'examen ni de contrôle des objectifs poursuivis par la loi de manière comparable. En outre, elle s'approprie un contrôle « mixte » entre abstrait et concret, qui ne laisse qu'une place infime à l'intérêt général : tout se passe comme si, dans son approche, le contrôle de proportionnalité au sens strict et la balance des intérêts devaient être exclusivement concrets. Cela conduit à une double incomplétude des contrôles abstraits et concrets : le premier étant privé de sa dernière étape ; le second, de ses deux premières. La Cour de cassation ne semble donc pas appliquer correctement la limite d'intérêt général : elle ne procède pas à la double identification de l'intérêt général concret et abstrait et compare souvent l'intérêt général abstrait avec des intérêts particuliers incarnés, sans réaliser pour autant de véritable confrontation. Le simple constat de l'importance de l'intérêt particulier semble souvent suffire à l'emporter.

498. Conclusion du chapitre. La Cour de cassation dispose de deux sources d'inspiration pour la mise en œuvre de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux. Tout d'abord, elle peut se référer au Conseil constitutionnel : procédant à une identification très

²⁰²³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

²⁰²⁴ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 209 et 210, p. 215 et s. V. aussi au sujet de la Cour de cassation, qui transforme un « rapport hiérarchique » en « conflit de normes d'égale valeur » ; la loi « ne faisant plus obstacle » à la mise en œuvre de la balance des intérêts, V. Fourment, *thèse préc.*, n° 23, p. 32. Notamment sur l'arrêt Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 comme entraînant un « anéantissement de la valeur hiérarchique de la loi » face aux intérêts particuliers.

²⁰²⁵ Sur le caractère incarné de l'intérêt, v. *infra*, n° 686.

précise des enjeux et à leur classification en fonction de leur importance, le Conseil semble offrir un modèle plutôt satisfaisant. Mais la reproduction de ces méthodes par la Cour de cassation se heurte à un obstacle institutionnel : le rôle des deux juridictions dans la mise en œuvre des droits et libertés garantis par la Constitution ne se situe pas sur le même plan. Simplement chargée d'un filtrage, la Cour de cassation ne procède le plus souvent qu'à un contrôle superficiel, dans lequel l'intérêt général est peu présent et où la reprise des méthodes et du vocabulaire constitutionnel n'est pour l'instant que marginale. À l'inverse du Conseil constitutionnel, la Cour européenne fait preuve de moins de retenue : qualifiant, requalifiant et refusant parfois les objectifs avancés par les États, elle exerce un contrôle ambigu quant à son caractère abstrait ou concret, qui la conduit souvent à confronter de manière peu satisfaisante l'intérêt général abstrait avec les intérêts concrets. La Cour de cassation, soucieuse d'imiter soigneusement la méthode de la Cour européenne, reprend cette pratique et contribue à brouiller encore davantage la distinction : elle pratique un contrôle mixte entre abstrait et concret, laisse peu de place à l'intérêt général, semble hésiter à véritablement le contrôler et le met finalement rarement en balance avec les intérêts particuliers.

499. Conclusion du titre. Malgré sa présence dans tous les textes porteurs de droits fondamentaux et le nouveau rôle de la Cour de cassation dans leur application, il semble que l'intérêt général n'ait pas encore véritablement pris devant le juge judiciaire la place et l'ampleur qui lui reviennent. La méthode de détermination de son contenu est incertaine devant la Cour de cassation et le recours à la comparaison avec d'autres juridictions ne permet pas de résoudre la difficulté. Bien que manifestement soucieuse de s'aligner sur les méthodes respectives du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation semble encore hésiter sur l'emploi de la notion, dont elle reconnaît pourtant, implicitement au moins, l'existence formelle. L'influence des modèles n'y est pas pour rien : entre la prudence du Conseil constitutionnel et la faveur de la Cour européenne des droits de l'homme pour les intérêts particuliers, les juridictions chargées d'appliquer ces règles restent discrètes sur la limite d'intérêt général. En outre, la méthode du contrôle de conventionnalité *in concreto* n'invite pas à mettre l'intérêt général à l'honneur dans le raisonnement.

500. Conclusion de la partie. La limite d'intérêt général est issue des textes, qui prévoient sa mise en œuvre en tant que standard pour contrôler les mesures de nature à limiter les droits et libertés fondamentaux. La mise en œuvre de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux date du début du contrôle de conventionnalité et du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Ces nouveaux aspects de l'office du juge ont conduit la Cour

de cassation à mettre en œuvre le contrôle de proportionnalité, dont la limite d'intérêt général constitue un élément central. Le contrôle doit avoir lieu *in abstracto* et *in concreto*, menant à une double identification abstraite et concrète de l'intérêt général : l'un est issu de la raison d'être de la règle, l'autre correspond à sa mise en œuvre en l'espèce, en fonction des intérêts de tous ceux ayant vocation à bénéficier de l'application de la loi. À l'analyse, il semble que la Cour de cassation ne dispose pas d'une véritable méthode pour déterminer le contenu de l'intérêt général et l'étude de la pratique des autres juridictions impose d'arriver au même constat. La mise en œuvre de la limite d'intérêt général par les différentes juridictions montre que la Cour de cassation ne s'inspire que partiellement de la pratique du Conseil constitutionnel, pourtant très poussée en matière d'intérêt général. Elle imite de manière bien plus systématique celle de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui la conduit à confronter l'intérêt général abstrait avec les intérêts concrets incarnés et à ne lui donner qu'une faible place dans le raisonnement.

501. Il convient désormais de s'interroger sur les conséquences de tous ces phénomènes.

PARTIE 2 : CRITIQUE PROSPECTIVE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

502. L'analyse du contrôle de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux révèle que, malgré son importante présence textuelle, elle n'est que peu mise en œuvre par le juge judiciaire.

503. Il convient désormais de s'attacher à comprendre les implications de ce phénomène. En premier lieu, il convient de s'intéresser aux effets sur le droit de la prise en compte actuelle de l'intérêt général. En effet, la montée des droits fondamentaux combinée à la faible importance de la limite d'intérêt général est susceptible d'avoir des conséquences sur l'ordre juridique, qu'il s'agisse des sources du droit et du rôle des institutions, ou des solutions substantielles et des mécanismes de fond. La prise en compte incertaine de la limite d'intérêt général par le juge judiciaire pourrait ainsi modifier le rôle du juge face au législateur. Elle entraîne également des transformations de fond dans les réponses que le droit positif apporte aux litiges. Toutefois, l'analyse donne à voir que les implications institutionnelles sont sans doute plus importantes que les conséquences substantielles, car la modification des solutions au fond, si elle existe parfois, semble tout de même plus rare. En outre, ces évolutions de fond pourraient trouver un fondement plus solide si leur origine institutionnelle était davantage justifiée et fondée sur l'intérêt général. Dans un premier temps, l'analyse donnera donc à voir, *de lege lata*, les effets critiqués du contrôle judiciaire de la limite d'intérêt général (**titre 1**).

504. C'est la raison pour laquelle nous proposons, tout d'abord, de refonder le raisonnement du juge en l'articulant autour de l'intérêt général, auquel il s'agira de donner sa juste place dans la méthode. Pour ce faire, il faudrait proposer au juge des outils, tant pour l'identification des objectifs de la loi, que pour le maniement de la réserve d'intérêt général dans le raisonnement. Du point de vue des solutions, nous invitons à entrer dans une logique d'atténuation des conséquences disproportionnées de l'application de la loi sur les droits fondamentaux des justiciables. Loin de bannir le contrôle *in concreto*, comme le suggèrent certains auteurs, nous souhaiterions avancer une alternative à ses conséquences : au lieu d'écarter la loi valable *in abstracto* en raison de sa contrariété aux droits fondamentaux dans un litige donné, il s'agirait de restaurer la situation des justiciables auxquels son application porterait une atteinte à la fois importante en intensité et rare en fréquence. Dit autrement, il s'agirait de prendre en compte la rareté des refus d'application de la loi en raison d'une atteinte *in concreto* aux droits fondamentaux, sans aller jusqu'à écarter l'application de la loi, de rendre

une décision s'attachant seulement à supprimer l'atteinte disproportionnée au droit fondamental de la partie concernée. Dans un second temps, l'étude s'attachera donc, *de lege ferenda*, à proposer une réforme du contrôle judiciaire de la limite d'intérêt général (**titre 2**).

TITRE 1 : *DE LEGE LATA* : LES EFFETS CRITIQUÉS DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

505. Les effets de la faible prise en compte de l'intérêt général sont tout d'abord institutionnels : l'intérêt général, dont la détermination est en principe le monopole du législateur, est désormais intégré au raisonnement du juge dans les litiges de droit commun. C'est donc de *l'existence* du contrôle de l'intérêt général dont il sera ici question. Cette situation tend à modifier la place du juge : hier chargé d'un simple rôle d'application et d'interprétation de la loi, source occasionnelle de création du droit, le juge semble désormais être investi d'un pouvoir d'appréciation, voire d'élaboration, de la loi. La mise en œuvre de la limite d'intérêt général face aux droits fondamentaux fait de lui un conciliateur des intérêts dont les attributions vont bien au-delà de la seule mise en œuvre de la loi. Ce phénomène soulève la question du gouvernement des juges ainsi que de l'équité dans le jugement. On s'interroge sur le rôle de « co-législateur » qu'adopte le juge. Par ailleurs, l'introduction de la limite d'intérêt général face aux droits fondamentaux est de nature à modifier les méthodes de travail de la Cour de cassation dans le contrôle qu'elle effectue sur les décisions des juges du fond, ce qui pourrait influencer la technique de cassation (**chapitre 1**).

506. La prise en compte accrue des intérêts particuliers pour déjouer l'intérêt général à travers la remise en cause de la loi n'a pas que des conséquences institutionnelles. Elle tend également à modifier certaines solutions au fond. C'est donc ici davantage la *mise en œuvre* du contrôle qui retiendra notre attention. Si dans certains domaines, tels que le droit des contrats, la conséquence la plus fréquente est un changement de fondement juridique sans incidence réelle sur les solutions, d'autres sont plus fortement touchés par ce phénomène. Sans aller jusqu'à une extrapolation hasardeuse de certains effets au moyen d'une grossière exagération mécanique, il est intéressant de noter que certaines modifications ponctuelles nuisent à l'uniformité des mécanismes, allant même parfois jusqu'à changer en profondeur les solutions retenues par le droit positif. Il conviendra pour le comprendre de s'intéresser à certains exemples, d'analyser leurs effets actuels et de s'attacher à la compréhension de leurs effets potentiels. Bien que les modifications visibles soient encore discrètes, elles semblent contenir en germe des évolutions importantes. L'analyse des solutions révèle principalement deux choses. Tout d'abord, les effets sur la substance du droit, bien que visibles, demeurent pour l'instant minoritaires. Ensuite, ces effets sont révélateurs d'une faible prise en compte des enjeux d'intérêt général. Ainsi, non seulement la limite d'intérêt général trouve une place

insuffisante dans le raisonnement par rapport à son importance textuelle, mais en outre, les enjeux qu'il porte, dans leur composante publique et collective, semblent moins valorisés que les intérêts particuliers dans les solutions (**chapitre 2**).

507. Approche retenue. L'approche retenue n'est pas tant axée sur les débats de fond auxquels ont donné lieu les exemples proposés, qui ont souvent déjà été abondamment traités. L'angle de vue est tout d'abord celui de l'intérêt général et de l'influence de sa prise en compte par le juge. Ensuite, il s'agit de constater certaines évolutions, sans nécessairement porter un quelconque jugement de valeur sur leur bien-fondé moral et axiologique. C'est l'analyse de l'existence de l'évolution, plus que son caractère souhaitable, qui est privilégiée dans cette étude. En effet, dans l'approche choisie, les principales critiques sont institutionnelles et les conséquences substantielles n'apparaissent que comme des artéfacts de l'affaiblissement d'ensemble de l'intérêt général. C'est la raison pour laquelle les solutions qui seront proposées demeurent centrées sur les aspects institutionnels et les enjeux de sources.

CHAPITRE 1 : LES EFFETS SUR LES SOURCES DU DROIT

508. Les effets sur les sources du droit se rattachent davantage à l'existence du contrôle qu'à sa mise en œuvre. L'omniprésence de la limite d'intérêt général conduit à interroger son influence sur les différentes institutions, et en particulier sur le rôle du juge. Tout d'abord, octroyer au juge les rôles d'examiner la loi du point de vue de ses objectifs et de s'interroger sur ses motifs semble dépasser son rôle traditionnel d'application et d'interprétation de la loi. Un tel rôle fait de lui un conciliateur des intérêts, intervenant au cas par cas. L'appréciation portée sur la loi et sur sa raison d'être le transforme en quelque sorte en « co-législateur » et lui attribue une nouvelle forme de pouvoir modérateur qui évoque le jugement en équité. Ainsi, la mise en œuvre de la limite d'intérêt général semble modifier les rapports entre le juge et le législateur (**section 1**).

509. La mise en œuvre de la limite d'intérêt général face aux droits fondamentaux pourrait également modifier les méthodes du juge, et en particulier la manière dont la Cour de cassation examine les décisions des juges du fond. Le maniement de l'intérêt général doit trouver sa place dans la technique de cassation, ce qui pourrait entraîner quelques ajustements dans la mise en œuvre de cette dernière (**section 2**).

510. Certains de ces constats ne sont pas nouveaux, mais ils prennent un relief particulier par leur analyse sous l'angle de la limite d'intérêt général.

SECTION 1 : LA MODIFICATION DES RAPPORTS ENTRE LE LÉGISLATEUR ET LA COUR DE CASSATION

511. La détermination et le maniement de la réserve d'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux par le juge judiciaire semblent modifier les rapports qu'il entretient avec le législateur. La mise en balance de l'intérêt général avec les intérêts particuliers au moyen des droits fondamentaux semble en effet placer le juge en position de participer en quelque sorte à l'élaboration de la loi²⁰²⁶. Il s'ensuit des incertitudes sur les rapports entre le législateur et le juge ou, à tout le moins, sur la manière dont ces rapports pourraient évoluer dans un avenir proche.

²⁰²⁶ M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : cette situation pose « inévitablement la question de la légitimité de la Cour pour évaluer directement la qualité du débat démocratique à l'origine d'une législation nationale ».

512. Ainsi, l'appréciation de l'intérêt général par le juge modifie ses attributions traditionnelles (§1) ce qui conduit à s'interroger sur son éventuel statut de « co-législateur »²⁰²⁷ (§2).

§1. L'APPRÉCIATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL PAR LE JUGE AUX CÔTÉS DU
LÉGISLATEUR

513. Le juge est en principe chargé d'interpréter la loi, notamment pour l'adapter au cas particulier. Le contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux est de nature à laisser le juge s'immiscer dans la détermination de l'intérêt général²⁰²⁸. Dans sa pratique de l'identification et de maniement de cette limite, le juge se transforme petit à petit en conciliateur des intérêts, manifestant une prise de liberté par rapport à son rôle traditionnel. Outre son office habituel d'interprétation de la règle pour procéder à la qualification des faits et au choix des solutions, il s'attache désormais à rechercher les motifs de la loi pour en évaluer l'importance et la pertinence face aux intérêts particuliers. Ainsi, les rôles traditionnels du juge et du législateur (A) se trouvent bouleversés par la mise en œuvre de la limite d'intérêt général, qui donne au juge une nouvelle fonction de remise en cause de la loi (B). Dans le cadre plus spécifique de la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, cela a pour effet de déplacer la marge nationale d'appréciation du législateur vers le juge (C).

A. Les rôles traditionnels du juge et du législateur quant à l'intérêt général et à la loi

514. S'il est aujourd'hui illusoire de considérer, comme Montesquieu, que le juge n'est que la « bouche de la loi »²⁰²⁹, son rôle se limitait traditionnellement à la mise en œuvre de la loi à travers son application et son interprétation et à la détermination de l'intérêt général

²⁰²⁷ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP* 1928.197, spéc. p. 225 : « un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. On pourrait donc interpréter l'annulation des lois par un tribunal aussi bien comme une répartition du pouvoir législatif entre deux organes que comme un empiétement sur le pouvoir législatif ». Plus récemment, V. Fourment, *thèse préc.*, n° 73, p. 77, parle du juge « érigé en coauteur de la loi ».

²⁰²⁸ V. en ce sens B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 44 : « La prise en compte de l'intérêt général n'est pas étrangère à la fonction du juge. Dans le cadre de son exercice d'application de la loi, et dans la marge que lui laisse cette dernière, il peut être conduit à prendre en compte tant les circonstances particulières que les considérations générales pour interpréter la portée des normes de référence. En effet, le juge a pour mission tant d'interpréter la norme que de la concrétiser pour la solution du litige qui lui est soumis. Dans le silence de la loi, il peut être conduit, à partir de principes généraux, à déterminer la règle la plus à même de satisfaire l'intérêt général. Cependant la logique constitutionnelle implique que le dernier mot reste à la loi. C'est en effet au législateur que la Constitution a confié le soin de déterminer l'intérêt général. Le juge ne peut "vouloir" à la place du législateur ».

²⁰²⁹ C. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, GF Flammarion, Livre XI, chap. VI, p. 301.

à travers l'ordre public (2). L'élaboration de la loi et le choix des enjeux d'intérêt général qu'elle poursuit relevaient exclusivement de la compétence du législateur (1).

1. Le rôle traditionnel du législateur : l'élaboration de la loi et le choix des enjeux d'intérêt général poursuivis

515. Le législateur, compétent pour la détermination de l'intérêt général dans la loi. L'objectif poursuivi par la loi doit, en principe, être d'intérêt général²⁰³⁰. Le législateur est traditionnellement celui qui est chargé de la sélection de cet intérêt général²⁰³¹ : il doit ainsi choisir les différents enjeux que porte la règle. Dans une conception classique, la détermination des objectifs de la règle, par l'expression de la volonté générale²⁰³², est réalisée par le législateur²⁰³³ : c'est à lui que revient le choix de l'enjeu d'intérêt général substantiel poursuivi par la règle.

516. La balance abstraite des intérêts effectuée par le législateur. L'élaboration de la règle et le choix de l'objectif poursuivi procèdent en principe d'une balance des intérêts, effectuée abstraitement et en amont, par le législateur²⁰³⁴. Ce dernier a pour mission, en présence d'intérêts souvent contradictoires et inconciliables, de choisir celui qui doit primer, en prévoyant, si nécessaire, des exceptions permettant d'apporter la souplesse indispensable à une prise en compte de la réalité compatible avec le respect de l'égalité devant la loi²⁰³⁵. Dès 1804, Portalis avait évoqué cette nécessité de la délicate balance des intérêts pour l'élaboration de la règle : « Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites [...] »²⁰³⁶. Ainsi, lorsque le juge effectue un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, il reconstitue le raisonnement qui devrait en théorie guider le législateur dans son choix. Cela le

²⁰³⁰ Sur ce point, v. *supra*, n° 8.

²⁰³¹ Sur la place du pouvoir exécutif dans l'élaboration contemporaine de la loi, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 261 et s., p. 397 et s.

²⁰³² B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 41.

²⁰³³ L'idée semble faire l'unanimité et il serait impossible de citer toutes les références sur le sujet, mais pour quelques exemples non-exhaustifs : B. Mathieu, « Les rôles du juge ... », *art. préc.*, spéc. p. 41 et 42 ; *Conseil d'État – L'intérêt général*, *op. cit.*, p. 263 ; J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *art. préc.* ; G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 518 ; F. Saint-Bonnet, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 20 ; F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 178 ; F. Rangeon, *thèse préc.*, p. 20 ; G. Merland, *thèse préc.*, p. 108 ; M.-P. Deswarte, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 28.

²⁰³⁴ P. Jestaz, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts », *RTD civ.* 1979.480, spéc. p. 490.

²⁰³⁵ Sur l'articulation entre le principe et l'exception dans la règle du point de vue de l'intérêt général, v. *infra*, n° 789.

²⁰³⁶ J.-M.-E. Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 14.

conduit à se mettre à la place du législateur pour évaluer si la décision qui a été prise est acceptable.

517. Le consensus et l'arbitrage. L'élaboration de la loi serait donc un subtil équilibre entre le « consensus qui permettra [...] de présenter [...] une solution unique » et « l'arbitrage » de nature à « trancher » un éventuel « désaccord »²⁰³⁷. Les traces de ces différents débats peuvent se retrouver dans les divers travaux préparatoires²⁰³⁸. Le législateur peut même choisir de ne pas régler tous les cas et de laisser subsister une « *ambiguïté constructive* »²⁰³⁹, donnant une place à l'appréciation du juge²⁰⁴⁰, car c'est parfois « l'obscurité d'un texte qui permet d'atteindre [...] le consensus sur sa rédaction »²⁰⁴¹. Quoiqu'il en soit, la loi demeure une solution de compromis : elle résulte toujours d'une « conciliation » entre différents intérêts²⁰⁴². Elle limite nécessairement certains droits et libertés, dans la poursuite

²⁰³⁷ D. Rémy, *Légistique – L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, n° 9, p. 24 ; v. aussi P. Jestaz, « Pour une définition... », *art. préc.*, spéc. p. 490, évoque cet arbitrage des intérêts nécessaire à l'élaboration de la loi.

²⁰³⁸ D. Rémy, *Légistique...*, *op. cit.*, n° 64, p. 72.

²⁰³⁹ *Ibid.*, n° 209, p. 222 : « On peut supposer que le législateur ou le pouvoir réglementaire savent toujours quelle solution ils veulent voir apparaître pour chaque cas puisque, par définition, étant auteurs du texte, ils peuvent parfaitement expliquer la portée et le sens. Une telle supposition n'est toutefois pas corroborée par les faits pour deux raisons : la difficulté d'embrasser l'intégralité des cas susceptibles de se présenter ; la gestion évolutive de l'ambiguïté et notamment de la polysémie (ce que les diplomates nomment « *l'ambiguïté constructive* ») ».

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, n° 209, p. 223.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, n° 209, p. 223 ; v. également : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 336 : « Il se peut que l'indétermination [de la norme supérieure] ait été parfaitement voulue, c'est-à-dire qu'elle ait été dans les intentions de l'organe qui a posé la norme à appliquer ».

²⁰⁴² F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 8 : « Pour permettre la vie en société, les libertés des uns doivent encore être conciliées avec les droits des autres. Toutes les déclarations le rappellent : immédiatement après avoir proclamé un droit ou une liberté, elles s'empressent d'ajouter que le législateur ne pourra qu'en limiter la jouissance ou l'exercice pour préserver les droits d'autrui. Par où réapparaît la réalité de la loi : un compromis entre les aspirations contradictoires inhérentes à la vie en société, compromis, qui, de par sa fonction, porte nécessairement atteinte aux droits des uns ou aux libertés des autres. Par où l'on saisit l'originalité du contrôle de la loi au nom des droits : la norme contrôlée (la loi) est par nature contraire à la norme de contrôle (tel droit, telle liberté). C'est la raison pour laquelle l'objet véritable du contrôle n'est pas la "conformité" de la loi aux droits et libertés, mais la "proportionnalité" de l'atteinte portée par la première aux seconds. À travers ce contrôle, qui se distingue du simple contrôle de conformité exercé dans l'arrêt *Jacques Vabre*, le juge est ainsi amené à juger de la légitimité de l'arbitrage opéré par le législateur, et, le cas échéant, à faire prévaloir son appréciation personnelle du conflit d'intérêts en présence ».

d'un objectif jugé prioritaire par le législateur²⁰⁴³. Les objectifs peuvent être formulés dans les lois ou être tus²⁰⁴⁴, la fréquence générale de leur énoncé ayant tendance à s'accroître²⁰⁴⁵.

518. Quelques manifestations concrètes de la balance des intérêts : exposé des motifs et études d'impact. Le législateur réalise donc, en amont, une sorte de contrôle de proportionnalité qui le conduit à choisir la solution générale qu'il juge la plus respectueuse des différents intérêts : « concilier les intérêts opposés, arbitrer au nom du bien commun, telle est la délicate et noble tâche que l'on appelle : *la politique* »²⁰⁴⁶. L'équilibre entre les différents intérêts en jeu peut faire intervenir le pouvoir exécutif, notamment lorsqu'un ministère se trouve à l'origine du projet²⁰⁴⁷, mais également d'autres organismes concernés susceptibles d'apporter leur éclairage ou leur expertise pour réaliser le « diagnostic de la situation de fait et de droit »²⁰⁴⁸ : « syndicats, fédérations professionnelles, associations »²⁰⁴⁹. Ces étapes permettent la révélation des différents intérêts en présence, nécessaire à leur conciliation. L'un des outils de cette explicitation des intérêts est la fiche d'impact, obligatoire pour les projets de lois, qui a notamment pour objectif d'exposer les « avantages et inconvénients possibles en fonction de l'objectif poursuivi » et « d'apporter une démonstration rigoureuse de la nécessité d'un nouveau texte et de la proportionnalité de la réponse juridique envisagée »²⁰⁵⁰. L'appréciation de la proportionnalité est donc effectuée en amont²⁰⁵¹, y compris dans la décision même d'adopter une règle dans le domaine considéré : « le ministre porteur d'un projet de loi doit donc s'assurer

²⁰⁴³ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 178 (l'auteur souligne) : « à peine déclarés, les droits et libertés rencontrent ainsi leurs contradicteurs naturels : l'intérêt individuel de l'autre ; l'intérêt général de tous » ; « [p]our la *liberté*, il faudra déterminer "*ce qui ne nuit pas à autrui*" et donc réaliser une pesée des intérêts dont le résultat ne pourra que décevoir, *in fine*, les aspirations de certains » (l'auteur souligne) ; v. aussi F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 6 : « la loi n'est pas qu'une norme générale, impersonnelle et obligatoire adoptée par le Parlement (approche formelle et superficielle que le juriste doit savoir dépasser), elle est également l'expression d'un compromis opéré par les élus du peuple, au nom du bien commun, entre des revendications et aspirations contradictoires. C'est dire que, de par sa fonction, la loi porte nécessairement atteinte aux droits et libertés des uns ou des autres ! Aussi, si l'on peut comprendre le réflexe, enfantin, qui consiste à se plaindre des limites que la loi, et derrière elle la société, nous impose, il suffit de réfléchir un instant pour se souvenir que les bornes qu'elle fixe à notre bon vouloir et à nos droits ne sont rien d'autre que l'expression des droits d'autrui et/ou de l'intérêt général ».

²⁰⁴⁴ V. *RRJ* 1984, n° 4, dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*.

²⁰⁴⁵ J.-P. Richard, « Conclusions d'une recherche... », *art. préc.*, spéc. p. 806. Sur ce point, v. *supra*, n° 164.

²⁰⁴⁶ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 178. V. aussi F. Rouvière, « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ? », *RTD civ.* 2018.526 : « le droit n'est pas politiquement neutre ; il est évidemment influencé par la politique ».

²⁰⁴⁷ C. Touboul, *Concevoir un texte normatif – Comprendre la légistique*, Dalloz, coll. « Dalloz Public », 2020, n° 5.05, p. 137.

²⁰⁴⁸ *Guide de légistique*, Premier ministre – Secrétariat général du Gouvernement – Conseil d'État, 3^e éd., 2017, La Documentation française, p. 12.

²⁰⁴⁹ C. Touboul, *Concevoir un texte normatif...*, *op. cit.*, n° 5.17, p. 140.

²⁰⁵⁰ *Guide de légistique*, *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁵¹ F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 4, p. 38 : « Ce n'est donc pas l'usage du contrôle de proportionnalité qui fait problème mais l'usage des droits de l'homme pour directement neutraliser l'équilibre des intérêts entre particuliers déjà arbitrés par la loi ».

que ledit projet répond à une nécessité juridique et que le but qu'il poursuit ne peut pas être atteint par d'autres moyens que la modification des dispositions législatives en vigueur »²⁰⁵². On voit que l'étape de la nécessité, indispensable au contrôle de proportionnalité, est effectuée préalablement à l'édiction de la loi, dans son sens le plus étendu, et qu'est en outre recherché l'intérêt général lié à l'existence de la règle²⁰⁵³. La conventionnalité peut ainsi être vérifiée en amont de l'édiction de la loi²⁰⁵⁴. C'est enfin dans l'exposé des motifs, document préalable à l'adoption de la loi, que sera le plus souvent exposé « l'intérêt » de la loi en question²⁰⁵⁵ : « les raisons [...], l'esprit [...] et les objectifs »²⁰⁵⁶. La première partie de l'exposé des motifs permet en règle générale d'exposer le « contexte » et « les principaux objectifs [que le texte] poursuit »²⁰⁵⁷. Rechercher l'intérêt – général – de la loi revient donc à s'intéresser notamment au contexte entourant l'adoption de la loi. Tous ces éléments se retrouvent dans les travaux préparatoires de la loi, qui peuvent s'avérer un outil précieux pour l'interprétation des règles par le juge²⁰⁵⁸.

2. Les rôles traditionnels du juge judiciaire : la détermination de l'ordre public et l'interprétation de la loi

519. Avant l'application des droits fondamentaux devant les tribunaux, le juge n'était pas étranger à une certaine forme de mise en œuvre de l'intérêt général : il l'effectuait notamment à travers l'ordre public contractuel (a). Toutefois, le contrôle du contrat ne le menait pas à une véritable conciliation des intérêts, mais simplement à l'éviction du contrat ou de la clause qui contrevenait aux exigences de l'ordre public. Le rôle du juge était surtout centré sur l'interprétation et l'application de la loi, et de temps en temps, l'exercice d'un pouvoir modérateur (b).

a. Le rôle traditionnel du juge dans le maniement de l'intérêt général : l'ordre public contractuel

520. Tout comme l'intérêt général, l'ordre public constitue une notion délicate à définir conceptuellement : souvent d'ailleurs, « plus les notions sont fondamentales, plus elles ont d'imprécision et plus, par conséquent, le rôle du juge augmentera lorsqu'il faudra résoudre,

²⁰⁵² *Guide de légistique, op. cit.*, p. 173.

²⁰⁵³ Sur l'intérêt général lié à l'existence de la règle, par rapport à celui de la règle elle-même, v. *infra*, n° 788.

²⁰⁵⁴ Sur ce point, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 263, p. 402 et n° 265, p. 404, propose d'effectuer des études d'impact conventionnelles, sur ce point et l'ensemble des solutions proposées, v. *infra*, n° 824.

²⁰⁵⁵ C. Touboul, *Concevoir un texte normatif...*, *op. cit.*, n° 4.26, p. 104 ; v. également n° 6.23, p. 183 : l'exposé des motifs peut guider l'interprétation.

²⁰⁵⁶ *Guide de légistique, op. cit.*, p. 263.

²⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 263.

²⁰⁵⁸ C. Touboul, *Concevoir un texte normatif...*, *op. cit.*, n° 6.23, p. 183.

dans les faits concrets, pratiques, les difficultés »²⁰⁵⁹. Ainsi, « la notion d'ordre public nous fournit un exemple de ce pouvoir essentiel du juge »²⁰⁶⁰.

521. Ordre public et intérêt général – Deux notions apparemment voisines.

L'ordre public constitue un sous-ensemble de l'intérêt général²⁰⁶¹. En droit civil, il est l'expression de l'intérêt général. Dans le contrat, il incarne l'enjeu d'intérêt général justifiant de limiter le contenu du contrat. Les deux notions sont d'ailleurs souvent associées l'une à l'autre dans la doctrine privatiste²⁰⁶². Contrairement à ce qu'on pourrait penser au premier abord, les règles d'ordre public ne sont pas systématiquement porteuses d'un intérêt commun, public ou général, au sens substantiel du terme²⁰⁶³. La notion d'ordre public de protection, par opposition à l'ordre public dit de direction, en est une illustration²⁰⁶⁴ : par ce mécanisme, un enjeu, à première vue d'intérêt particulier, individuel ou collectif, peut être saisi par une règle d'ordre public comme constituant « une valeur à laquelle la société accorde une importance fondamentale »²⁰⁶⁵, mais qui ne relève pas d'un intérêt public²⁰⁶⁶. Ainsi, « l'opposition entre l'intérêt privé et l'intérêt public ne coïncide pas avec celle de l'ordre privé et de l'ordre public »²⁰⁶⁷. L'ordre public et l'intérêt général ont pour point commun de protéger occasionnellement ce qui pourrait être considéré comme relevant d'un intérêt privé. L'ordre public exprime un intérêt général « renforcé »²⁰⁶⁸, qui justifie son impérativité : « une loi est d'ordre public lorsqu'elle intéresse les principes fondamentaux de l'ordre social », qu'il soit « public ou privé »²⁰⁶⁹. Tout comme l'intérêt général, l'ordre public intègre est une notion

²⁰⁵⁹ L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 34 et 35.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*

²⁰⁶¹ Sur ce point, v. *supra*, n° 14 et s.

²⁰⁶² *Idem.*

²⁰⁶³ G. Cornu, *Droit civil – Introduction – Les personnes – Les biens*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 11^e éd., n° 341, p. 148 ; R. Japiot, *Des nullités en matière d'acte juridique : essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909, p. 307 et 311 : distinguait par exemple ce qu'il appelait l'ordre public « inférieur » lié à la sauvegarde des individus de l'ordre public « élevé », protecteur « intérêts du corps social ». P. Leclercq, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 23 : « Il importe certainement de retenir que dans toute mesure d'ordre public tendant à protéger une catégorie particulière de personnes, il y a nécessairement une justification, au moins partielle, d'intérêt général ».

²⁰⁶⁴ V. *supra* n° 26, à propos des nullités.

²⁰⁶⁵ G. Cornu, *Droit civil, op. cit.*, n° 341, p. 148. C'est la raison pour laquelle la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction n'est pas aussi évidente qu'il y paraît, notamment lorsque la protection d'un groupe de personnes se révèle nécessaire à celle de l'intérêt commun de la société : v. F. Terré, « Rapport introductif », *art. préc.*, spéc. p. 10.

²⁰⁶⁶ Certains parlent alors de privatisation de l'ordre public, v. par ex. P. Hennion-Jacquet, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004.1265, n° 6 et V. Egéa, commentaire Civ. 1^{re}, 15 janv. 2020, n° 18-24.261, *JDI* 2021.1. V. aussi P. Leclercq, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 23 : « Il importe certainement de retenir que dans toute mesure d'ordre public tendant à protéger une catégorie particulière de personnes, il y a nécessairement une justification, au moins partielle, d'intérêt général ».

²⁰⁶⁷ F. Terré, « Rapport introductif », *art. préc.*, spéc. p. 10.

²⁰⁶⁸ G. Cornu, *Introduction au droit*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 13^e éd., n° 340, p. 186 et 187.

²⁰⁶⁹ *Ibid.*, n° 340, p. 186 et 187.

fonctionnelle qui accueille un contenu²⁰⁷⁰, que ce soit par la protection d'un groupe particulier, dont la préservation bénéficie à tous²⁰⁷¹ ou d'un enjeu commun à tout le corps social²⁰⁷².

522. L'ordre public, en tant qu'enjeu d'intérêt général de limitation du contrat, revêt en réalité plusieurs formes : la première est l'ordre public textuel, directement exprimé par la loi. La seconde est l'ordre public virtuel, dont l'expression est implicite dans la règle et qui se décline lui-même en deux catégories : d'une part, l'ordre public virtuel « implicite » et d'autre part, l'ordre public virtuel « jurisprudentiel »²⁰⁷³. Ces trois situations représentent l'intérêt général à travers l'ordre public.

523. Lien entre intérêt général et ordre public textuel. Dans le cas de l'ordre public « textuel »²⁰⁷⁴, la règle s'annonce elle-même comme étant d'ordre public²⁰⁷⁵. L'ordre public textuel s'attache donc à un enjeu d'intérêt général d'une particulière importance. En raison de cette importance, la loi considère qu'il est d'intérêt général de ne pas pouvoir la contourner ; elle donne elle-même une valeur particulière à l'enjeu poursuivi par le texte, notamment manifestée par son impérativité. C'est d'ailleurs souvent par la mention de son impérativité qu'elle exprime son appartenance à l'ordre public²⁰⁷⁶. Le professeur Antoine Gouëzel énumère quelques-unes des formules auxquelles les textes ont recours afin de marquer leur caractère d'ordre public : « cette disposition est d'ordre public » ; « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir » ; la disposition est édictée « à peine de nullité » ; la clause contraire est « réputée non écrite » ou encore « nulle »²⁰⁷⁷. La loi annonce ainsi elle-même sa propre impérativité, caractéristique principale de l'ordre public, en raison de l'enjeu d'intérêt général qu'elle poursuit.

²⁰⁷⁰ P. Gervier, *thèse préc.*, p. 79 à 154, la distinction se retrouve dans l'intitulé des sections.

²⁰⁷¹ B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in *Le Code civil 1804-2004 – Un passé, un présent, un avenir*, Y. Lequette et L. Leveneur (dir.), Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2004, p. 473 et s., n° 9, p. 479, écrit à ce sujet : « De même que l'intérêt général perce toujours derrière les règles d'ordre public de protection, de même, celui des individus (en particulier de la partie faible) ne disparaît pas sous le manteau de l'intérêt collectif ». Par abus de langage, une confusion peut ainsi être faite entre l'intérêt général et l'ordre public (v. P. Catala, « Rapport de synthèse », in *L'ordre public*, Travaux Assoc. H. Capitant, t. 49, LGDJ, 2001, p. 1 et s., spéc., p. 2 : « l'ordre public [est constitué par] les lois impératives prises au nom de l'intérêt général »).

²⁰⁷² B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », *art. préc.*, n° 9, p. 479 ; et *idem* v. P. Catala, « Rapport de synthèse », *art. préc.*, spéc. p. 2.

²⁰⁷³ Termes utilisés par A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*

²⁰⁷⁴ On retrouve l'expression chez la plupart des auteurs. V. not. A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 15.

²⁰⁷⁵ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 15.

²⁰⁷⁶ Sur la distinction entre la règle d'ordre public et la règle impérative, v. not. : C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016.454 ; C. Pérès, *La règle supplétive*, 2004, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 421, n° 146 et s.

²⁰⁷⁷ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 15.

524. L'intérêt général et l'ordre public virtuel implicite. L'ordre public « virtuel implicite »²⁰⁷⁸ concerne les règles dont le texte ne précise pas leur appartenance à l'ordre public²⁰⁷⁹. Le législateur n'est en effet pas obligé de préciser ce rattachement²⁰⁸⁰ et c'est alors le juge, dans l'exercice de sa « mission générale de l'interprétation judiciaire de la loi »²⁰⁸¹, qui décide ou non d'ériger cette règle en disposition d'ordre public en raison de son importance. Ce caractère peut d'ailleurs évoluer : l'enjeu d'intérêt général fondant une règle peut s'avérer d'ordre public en raison d'un certain contexte. Bien que le législateur ne l'ait pas envisagé ainsi, son rattachement à l'ordre public peut en outre s'avérer indispensable. Il peut se déduire simplement du fait que, sans caractère impératif, la règle n'aurait aucun sens : c'est le cas notamment des vices du consentement²⁰⁸². Il n'est toutefois pas toujours évident, en dehors de toute prescription textuelle, de déterminer les dispositions auxquelles il est possible de déroger : la formulation du texte peut constituer un indice sans nécessairement permettre d'acquérir une certitude²⁰⁸³. Même s'il est possible d'imaginer que le juge s'appuie sur l'esprit de la loi et sa perception de l'intention du législateur pour déclarer d'ordre public une disposition²⁰⁸⁴, la solution n'en reste pas moins un choix de valeur. L'exemple de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 mars 2012, par lequel le premier alinéa de l'article 265 du code civil relatif aux avantages matrimoniaux et donations de biens présents entre époux en cas de divorce fut déclaré impératif par le juge²⁰⁸⁵ est en ce sens éclairant. Les critiques doctrinales dont cette solution fit l'objet attestent que cette solution ne relevait pas de l'évidence²⁰⁸⁶, preuve s'il en est qu'un tel choix est laissé au juge et relève d'une véritable appréciation. Peut-être a-t-il considéré en l'espèce qu'une clause écartant le premier alinéa de l'article 265 du code civil

²⁰⁷⁸ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 18.

²⁰⁷⁹ *Ibid.*

²⁰⁸⁰ C. Pérès, « Règles impératives... », *art. préc.*

²⁰⁸¹ *Ibid.*, spéc. p. 771.

²⁰⁸² A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 19.

²⁰⁸³ C. Pérès, « Règles impératives... », *art. préc.*

²⁰⁸⁴ L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 95 : s'interrogeait sur le point de savoir s'il fallait, pour cette détermination, s'attacher au but ou à l'objet de la loi.

²⁰⁸⁵ Civ. 1^{re}, 14 mars 2012, n° 11-13.791, v. A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 18.

²⁰⁸⁶ V. C. Brenner, « Libéralités – Donations de biens présents entre époux : la clause de non-divorce hors la loi », *JCP G* 2012.607, à propos de Civ. 1^{re}, 14 mars 2012, n° 11-13.791. Plus généralement, craignant les libertés que le juge pourrait prendre dans ce domaine par rapport aux textes : L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 338 : « Nous savons que la Cour de cassation avait été établie pour renforcer l'autorité de la loi écrite, mais elle ne s'en était pas tenue là ; chargée de faire respecter les règles générales du droit français elle admet également qu'elle peut dégager les besoins généraux du droit français, elle les rattache alors plus ou moins directement aux règles légales. En souvenir de son origine, elle fait toujours allusion à des textes de la loi, mais elle n'est plus serviteur fidèle, aussi unique, et aussi exclusif du texte même de la loi. La Cour de cassation supplée au silence du législateur français, elle se considère comme ayant le droit de baser ses arrêts en ce qui concerne l'idée d'ordre public sur les articles 6 et 1133 ».

comportait le risque de restreindre la liberté qu'aurait l'un des époux de divorcer, et que dès lors elle devait être écartée²⁰⁸⁷.

525. L'intérêt général et l'ordre public virtuel jurisprudentiel. La dernière catégorie d'ordre public, à la fois « virtuelle » et « jurisprudentielle »²⁰⁸⁸, est découverte par le juge sans l'appui d'aucun texte déterminé²⁰⁸⁹. Cette possibilité est issue d'un arrêt du 4 décembre 1929, à l'occasion duquel la Cour de cassation avait estimé que la cause d'un contrat pouvait entraîner la nullité de celui-ci pour violation de l'ordre public, sans qu'elle soit pour autant explicitement interdite par un texte de loi. Il était question d'un contrat de publicité pour une méthode thérapeutique imaginée par des personnes dépourvues de tout diplôme médical : les juges estimèrent « qu'il résulte de l'article 1133 du code civil que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi »²⁰⁹⁰. Plus récemment, l'interdiction, sur le fondement de l'ordre public, de l'exposition *Our Body*, qui portait sur des corps humains disséqués et conservés, entre dans cette catégorie. Dans les arrêts du 16 septembre 2010²⁰⁹¹, interdisant l'exposition elle-même, et du 29 octobre 2014²⁰⁹², confirmant l'annulation du contrat d'assurance, l'article 16-1-1 du code civil sur le respect dû aux morts, entré en vigueur en 2008, n'était pas applicable aux faits : les juges fondèrent pourtant leur solution sur son principe²⁰⁹³. Ainsi, l'ordre public jurisprudentiel n'est pas déconnecté de la loi et s'appuie sur elle, même lorsque son fondement n'est pas explicitement inscrit dans les textes. Plus spectaculaire encore fut le très célèbre arrêt d'Assemblée plénière sur l'annulation pour contrariété à l'ordre public de la convention de gestation pour autrui conclue sur le territoire français, avant l'entrée en vigueur de la première loi de bioéthique de 1994. Rendu notamment au visa de l'article 6 du code civil et des principes d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain²⁰⁹⁴, l'arrêt s'appuyait sur des principes qui n'étaient alors pas inscrits dans la loi, pour prononcer la nullité de la convention, considérée comme contraire à l'ordre public, avant la consécration de la solution par la loi.

526. Le juge judiciaire et la découverte de l'intérêt général à travers l'ordre public virtuel implicite et jurisprudentiel. Les espaces de liberté du juge dans la

²⁰⁸⁷ Sur ce point, v. J. Hauser, « Y a-t-il un droit au divorce ? », *RTD civ.* 2012.300, commentaire de l'arrêt Civ. 1^{re}, 14 mars 2012, n° 11-13.791.

²⁰⁸⁸ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 20.

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, n° 20 ; L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 291.

²⁰⁹⁰ Civ., 4 déc. 1929, *DH* 1930.50 ; *S.* 1931, 1, p. 49.

²⁰⁹¹ Civ. 1^{re}, 16 sept. 2010, n° 09-67.456.

²⁰⁹² Civ. 1^{re}, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, v. A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 20.

²⁰⁹³ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 20.

²⁰⁹⁴ Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

détermination de l'ordre public résident ainsi dans ses composantes virtuelles implicite et jurisprudentielle : dans le premier cas, il qualifie d'ordre public l'enjeu d'intérêt général poursuivi par la règle ; dans le second, il identifie un enjeu d'intérêt général implicite de nature à limiter la liberté contractuelle. En somme, il « détecte » l'ordre public « dans des lois dont le législateur n'a pas précisé le caractère, ou encore dans des principes généraux dont il déclare l'impérativité nécessaire »²⁰⁹⁵. Le rôle du juge judiciaire face au contrat est finalement d'identifier l'intérêt général à travers l'ordre public contractuel ; il « déc[èle], dans la loi, cet ordre public virtuel que les tribunaux peuvent plus largement découvrir, même en l'absence de texte »²⁰⁹⁶.

527. Comparaison avec le contentieux administratif. À l'instar du juge administratif qui, dans son office de contrôle de la légalité des actes de l'Administration, identifie l'intérêt général lui permettant de fonder une solution, sans nécessairement le rattacher à un texte de loi, le juge judiciaire semble parfois amené à « [révéler] par son travail d'interprétation une finalité que la loi n'avait énoncée qu'implicitement »²⁰⁹⁷. Ainsi, dans un arrêt du 23 mai 2011, le Conseil d'État approuva un établissement public d'avoir résilié un contrat d'exploitation pour des raisons d'intérêt général : « la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie *des motifs d'intérêt général* pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme »²⁰⁹⁸. De même, dans un domaine différent relatif à la police administrative, le juge estima que : « si le maire peut refuser un numéro au propriétaire d'une maison possédant un accès sur une voie publique dont elle est riveraine, il ne peut légalement le faire [...] que pour des *motifs d'intérêt général* » ; il infirme donc la justification invoquée par le maire, qui était « le fait que leur propriété ne disposait pas sur cette voie d'un accès pour les véhicules automobiles »²⁰⁹⁹.

528. La loi comme limite au pouvoir du juge dans la détermination du contenu de l'ordre public. Le juge crée-t-il l'ordre public ou le déduit-il de la loi²¹⁰⁰ ? Ce pouvoir du juge n'est en effet pas « arbitraire »²¹⁰¹, en ce qu'il ne saurait avoir une « conception personnelle

²⁰⁹⁵ P. Catala, « À propos de l'ordre public », *art. préc.*, n° 12, p. 519.

²⁰⁹⁶ C. Pérès, « Règles impératives... », *art. préc.*, spéc. p. 771.

²⁰⁹⁷ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 460, p. 626.

²⁰⁹⁸ CE, 7^e et 2^e ss-sect. réunies, 23 mai 2011, n° 328525, nous soulignons.

²⁰⁹⁹ CE, 22 janv. 1993, n° 101456.

²¹⁰⁰ J.-J. Lemouland, G. Piette et J. Hauser, *Rép. dr. civ., préc.*, n° 25.

²¹⁰¹ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 14.4, p. 111 ; mais beaucoup d'auteurs le craignent, au point, à une certaine époque, de souhaiter édicter une liste limitative des règles d'ordre public, à défaut d'une

de l'ordre public, fondée sur ses propres convictions, politiques, morales, économiques »²¹⁰². Il doit en effet « s'inspirer »²¹⁰³ de la loi et de la conception qu'elle « se fait de l'ordre public [...] ; et, à défaut de texte précis, y a-t-il là une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation »²¹⁰⁴. Ainsi, le juge ne recherche pas, en principe, le contenu de l'ordre public dans son imagination : il le puise dans l'esprit de l'ordre juridique et dans les « principes généraux de droit et de morale sur lesquels s'appuie expressément ou tacitement l'ensemble de la législation existante »²¹⁰⁵. L'ordre public, comme l'intérêt général, joue ainsi le rôle d'un standard, auquel le juge fournit un contenu²¹⁰⁶. Ainsi, il convient de ne pas entendre le terme de « lois », présent à l'article 6 du code civil, dans son sens formel car « il ne concerne pas seulement les textes émanant du pouvoir législatif proprement dit ; il convient aussi de tenir compte de textes émanant du pouvoir réglementaire, lesquels comportent nombre de dispositions d'ordre public »²¹⁰⁷. La jurisprudence considère explicitement que l'annulation d'un contrat peut être fondée sur d'autres règles que la loi au sens matériel : au pourvoi qui arguait que la nullité d'une convention ne pouvait se fonder sur une disposition réglementaire, les juges répondirent qu'il était possible d'annuler sur le fondement de « la loi, au sens large »²¹⁰⁸. Pour identifier l'ordre public, le juge se fonde ainsi sur l'ensemble de l'ordre juridique²¹⁰⁹. D'ailleurs, la réforme du droit des contrats de 2016 a entériné cette multiplicité des sources, notamment au nouvel article 1102 qui, contrairement à l'article 6, fait référence de manière plus vague aux « règles » d'ordre public, ce qui consacre l'existence de l'ordre public virtuel et l'approche matérielle de la loi²¹¹⁰.

529. Insuffisance de la seule référence à la loi pour la découverte de l'ordre public. Ainsi, comme le juge administratif, le juge judiciaire devient, dans ce cas précis, le gardien de l'intérêt général, simplement parce qu'« en contact direct avec les réalités sociales »²¹¹¹, il est plus à même de définir les « besoins de l'époque » et les « situations

définition générale de la notion qui laisserait une trop grande latitude au juge, ainsi que l'explique L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 32.

²¹⁰² H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 14.4, p. 111.

²¹⁰³ *Ibid.*

²¹⁰⁴ *Ibid.*

²¹⁰⁵ *Ibid.*

²¹⁰⁶ J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77 et s.

²¹⁰⁷ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 14.4, p. 111.

²¹⁰⁸ Civ. 1^{re}, 10 févr. 1998, *JCP G* 1998.II.10142, v. H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 14.4, p. 111.

²¹⁰⁹ *Idem.*

²¹¹⁰ J.-J. Lemouland, G. Piette et J. Hauser, *Rép. dr. civ., préc.*, n° 20 ; A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 20.

²¹¹¹ V. H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 14, p. 110 et s., à propos de l'arrêt Civ., 4 déc. 1929, *DH* 1930.50 ; *S.* 1931.1, p. 49, n° 2.

particulières »²¹¹², et de donner toute sa résonance au caractère évolutif de la notion²¹¹³. La loi serait « d'ailleurs [...] insuffisante » pour la détermination des solutions d'ordre public, car trop « abstraite »²¹¹⁴. En effet, dans la conception classique de la loi retenue par Portalis dans le *Discours préliminaire*, le législateur ne devrait pas se soucier de faire évoluer les notions qu'il édicte, ni de les adapter aux circonstances, mais simplement ériger des principes abstraits susceptibles de traverser les âges²¹¹⁵. On songe à l'évolution que subit le contenu de la notion, qui protège des valeurs diverses en fonction des époques²¹¹⁶.

b. Le rôle traditionnel du juge face à la loi : application, interprétation et occasionnellement, pouvoir modérateur

530. Le rôle traditionnel d'interprétation de la loi par le juge. Le juge a traditionnellement pour rôle d'interpréter la loi. À travers le contrôle de proportionnalité, il entre dans une forme inédite de contrôle de la loi. Certes, nul ne conteste le pouvoir créateur du juge à travers l'interprétation²¹¹⁷ – les exemples sont nombreux. Cependant, avec le contrôle de la limite d'intérêt général, il s'arroge désormais le pouvoir de contrôler le travail du législateur, ce qui constitue une nouveauté. Le phénomène se manifeste par un nouveau rôle de conciliation des intérêts et s'explique également par les caractéristiques particulières des règles de référence du contrôle, les droits fondamentaux.

531. La création du droit par le juge. L'idée de la création du droit par les tribunaux n'est plus aujourd'hui véritablement contestée²¹¹⁸. Le juge doit mettre en pratique la règle, ce qui peut le conduire à l'interpréter, voire à la déployer jusqu'à exercer un rôle créateur,

²¹¹² H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 14.2, p. 110.

²¹¹³ *Ibid.*

²¹¹⁴ L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 290 : la loi est « d'ailleurs, [...] souvent un organe insuffisant et mauvais de détermination de la notion d'ordre public. Agissant par voie de formules générales, elle doit se prononcer *in abstracto*. Or, l'idée d'ordre public suppose un conflit concret entre les nécessités sociales et une ou plusieurs volontés individuelles traduites par un acte juridique donné, elle suppose la confrontation d'un acte juridique en contact avec les nécessités sociales, ce qui suppose l'intervention du juge, lequel juge *in concreto* et non *in abstracto* ». V. aussi p. 34 : « le droit n'est pas seulement composé de règles juridiques positives, mais de directives que le législateur se contente de donner, en laissant au juge le soin, tout en suivant cette directive, d'en déduire les conséquences précises selon la variété des espèces. Le juge doit seulement suivre l'impulsion générale qui a été donnée par le législateur. Sans doute la pensée du législateur, du Code civil, il eût été bon que la séparation des pouvoirs fût poussée jusque dans ses moindres détails mais cela est impossible pratiquement et il faut en toute nécessité s'en rapporter au magistrat ».

²¹¹⁵ J.-M.-E., Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 23.

²¹¹⁶ On peut citer l'exemple des conventions de courtage matrimonial impliquant une personne mariée : l'arrêt Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 les considère conformes à l'ordre public en vertu de l'article 6 du code civil mais cela semblait contraire à la jurisprudence antérieure, v. G. Raymond, « Contrat de courtage matrimonial conclu par une personne déjà mariée », CCC 2012.76.

²¹¹⁷ R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Cours », 15^e éd., 2023, n° 155, p. 160 et 161.

²¹¹⁸ Elle l'a pourtant été pendant longtemps : v. not. J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, t. 1, p. 28 et s., spéc. p. 28, qui décrit cette controverse.

aujourd'hui accepté par une majorité de la doctrine : l'exemple le plus couramment donné est celui, en droit civil, de la construction du régime de la responsabilité civile à partir des articles peu loquaces du code civil²¹¹⁹. La métaphore de Montesquieu du juge comme « bouche de la loi »²¹²⁰ s'estompe face à la réalité de la création jurisprudentielle²¹²¹, dont la preuve la plus éclatante aujourd'hui est l'admission de la possibilité de soumettre au contrôle de constitutionnalité les solutions jurisprudentielles stables de la Cour de cassation²¹²², ou encore la modulation des effets de la jurisprudence dans le temps²¹²³. Le juge a pour rôle d'adapter la loi au cas particulier et d'en faire application, y compris de manière créative quand la situation l'exige. Portalis ne disait pas autre chose : la loi ne « peut pas tout prévoir » et le juge doit adapter la règle générale aux situations particulières²¹²⁴. En outre, le législateur n'a pas le même rôle que le juge et doit abandonner la tâche d'actualisation au juge²¹²⁵. Le travail d'interprétation implique un pouvoir de création intrinsèque, que Kelsen avait déjà décrit : l'interprétation, « acte de connaissance » autant que de « volonté »²¹²⁶, implique nécessairement une liberté de celui qui met en œuvre la règle²¹²⁷ et toute application suppose

²¹¹⁹ P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s., n° 2, *in fine*, v. P. Théry, « Pierre Hébraud, "Le juge et la jurisprudence" », *Rev. dr. Assas*, n° 23, mai 2022, p. 162 et s., spéc. p. 163, qui donne justement l'exemple de la responsabilité civile.

²¹²⁰ C. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, Livre XI, chap. VI, p. 301.

²¹²¹ F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 5 ne dit pas autre chose : « le droit français, n'ont jamais considéré le juge comme la "bouche de la loi", mais lui ont toujours reconnu un rôle complémentaire dans la création du droit ». L'idéal est donc demeuré un idéal.

²¹²² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 80 et 81, p. 140 et s.

²¹²³ V. Civ. 1^{re}, 21 sept. 2022, n° 21-50.042 ; Civ. 1^{re}, 21 sept. 2022, n° 21-50.048 : les deux arrêts contiennent la même formule : « si une jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été réalisé antérieurement à celle-ci et, le cas échéant, sur la base et sur la foi d'une jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que, en ces circonstances, le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste ».

²¹²⁴ J.-M.-E. Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 16 : « Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ? »

²¹²⁵ *Ibid.*, p. 23 : « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude ».

²¹²⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 340 : « si l'on ne veut pas caractériser seulement l'interprétation de la loi par les tribunaux ou autorités administratives, mais caractériser d'une façon tout à fait générale l'interprétation par des organes d'application du droit : dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par un opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance ».

²¹²⁷ *Ibid.*, p. 336 : « La norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports. Il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire : la norme de degré supérieur n'a jamais, dans son rapport avec l'acte créateur de normes ou

une interprétation²¹²⁸. Le juge est d'ailleurs « obligé » de statuer comme le rappelle l'article 4 du code civil²¹²⁹, sous réserve toutefois de la prohibition des arrêts de règlement²¹³⁰. Il doit donc trouver l'équilibre entre l'exigence de juger et la nécessité de se limiter au cas qui lui est soumis. Il n'est plus réaliste aujourd'hui de « soutenir que la jurisprudence n'est pas une source du droit »²¹³¹. Toutefois, si elle est « un formidable réservoir d'arguments »²¹³², elle n'est pas, en principe, « source de règles » générales et « obligatoires en tant que telles »²¹³³.

532. Du pouvoir créateur du juge au contrôle de la loi par le juge. L'argument du pouvoir créateur du juge est parfois utilisé pour justifier le contrôle de la loi par le juge au regard des droits fondamentaux²¹³⁴. La Convention européenne des droits de l'homme est d'ailleurs considérée comme devant guider l'interprétation du droit interne²¹³⁵, voire la compléter²¹³⁶. Cependant, l'interprétation de la loi ne conduit pas à l'écarter, mais plutôt à la compléter ou à la mettre au goût du jour²¹³⁷. Le rattachement du contrôle de la loi au pouvoir d'interprétation qu'a le juge apparaît ainsi hasardeux²¹³⁸. Le contrôle de la loi au regard des

d'exécution matérielle qui l'applique, que le caractère d'un cadre à remplir par cet acte » ; v. aussi H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 187.

²¹²⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit...*, *op. cit.*, p. 335 : « Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur. Dans le cas auquel on songe le plus souvent lorsqu'on parle d'interprétation, celui de l'interprétation des lois, il faut que l'organe d'application du droit résolve la question de savoir quel est le contenu qu'il doit donner à la norme individuelle se présentant comme un acte juridictionnel ou comme une décision administrative » ; v. aussi H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 187.

²¹²⁹ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 348, p. 444.

²¹³⁰ *Ibid.*, n° 350, p. 446.

²¹³¹ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *D.* 2017.118, n° 6.

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ *Ibid.*

²¹³⁴ A. Lacabarats, « La réflexion... », *art. préc.*, spéc. p. 76 : « La fonction créatrice du juge a pris une dimension nouvelle avec l'émergence, parmi les normes de droit applicables, des traités internationaux », notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; *contra* F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 19, p. 172 : « La première arme sollicitée au soutien d'un tel contrôle [de la loi par le juge au regard des DH] est le constat du pouvoir créateur ou prétorien du juge. [...] Qu'un juge puisse créer des règles de droit est en effet une réalité qui n'a guère eu besoin de courants dits parfois "réalistes" pour être observée par les juristes de tout temps et de tout lieu. ».

²¹³⁵ A. Debet, *thèse préc.*, n° 230, p. 246.

²¹³⁶ *Ibid.*, n° 234, p. 249.

²¹³⁷ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 19, p. 173 : « Comment en effet négliger – ou occulter – que l'activité d'un juge constitutionnel n'a rien de commun avec celle d'un magistrat ordinaire ? Lorsque le juge civil ou administratif est amené à créer une règle de droit, en précisant une loi générale, en palliant son absence (ex. : les principes généraux du droit), voire en s'écarter d'un texte devenu obsolète afin de prendre en compte les réalités nouvelles (ex. : droit de la responsabilité civile), il ne s'agit jamais pour lui d'*invalidier* la volonté fraîchement exprimée par le législateur, mais, *beaucoup* plus modestement, de poser une règle susceptible de déterminer la juste solution d'une litige et des litiges équivalents qui pourraient se présenter à l'avenir dans le cas des arrêts de principe des juridictions suprêmes » (l'auteur souligne).

²¹³⁸ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 19, p. 173.

droits fondamentaux ne se rattache pas exclusivement au travail d'interprétation de la loi par le juge.

533. Un rôle occasionnel du juge : le pouvoir modérateur. Le pouvoir modérateur permet au juge de « déroger » à la règle « normalement applicable »²¹³⁹, en raison des conséquences manifestement excessives qu'elle produirait dans une espèce donnée »²¹⁴⁰. Le pouvoir modérateur « est [...] le pouvoir exceptionnel détenu par le juge de déroger, au nom de l'équité, dans un cas particulier, à une règle générale de droit strict dont l'application serait manifestement inéquitable »²¹⁴¹. Ainsi, « la modération judiciaire comporte [...] deux éléments caractéristiques, d'une part une dérogation à la règle de droit normalement applicable dans un cas particulier, et d'autre part, un excès manifeste qui serait produit par l'application stricte de cette règle »²¹⁴². Les principaux exemples sont la révision de la clause pénale et l'ancien article 280-1 du code civil qui permettait d'écarter le refus de prestation compensatoire à l'époux contre qui le divorce était prononcé aux torts exclusifs « si, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre époux, il apparaissait manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire à la suite du divorce »²¹⁴³.

534. Lien entre pouvoir modérateur et contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux. La décision d'écarter la loi en raison de sa contrariété aux droits fondamentaux peut-elle s'analyser comme l'exercice d'un pouvoir modérateur du juge ? À première vue, les deux mécanismes se ressemblent et ils impliquent tous deux le refus de mise en œuvre de la règle normalement applicable en raison des conséquences excessives qu'elle entraînerait²¹⁴⁴. Si la définition ne correspond pas au contrôle *in abstracto*, qui implique de déclarer la loi incompatible avec l'ordre juridique, elle se rattache aisément au contrôle *in concreto* : « le juge modérateur, tout d'abord, ne comble pas le vide créé par l'exclusion de la règle de droit en substituant à la règle écartée une règle nouvelle qui s'appliquerait dans la généralité des cas ;

²¹³⁹ C. Brunet, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, dir. G. Cornu, thèse dactyl. Paris II, 1973, p. 326.

²¹⁴⁰ J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. P. Le Tourneau, PUAM, 2004, n° 7, p. 26.

²¹⁴¹ C. Brunet, *thèse préc.*, p. 5 et 6. V. aussi F. Lafay, *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, dir. O. Moreteau, thèse dactyl. Lyon 3, 2004, p. 19 et s.

²¹⁴² J. Fischer, *thèse préc.*, n° 7, p. 26.

²¹⁴³ *Ibid.*, n° 8, p. 26.

²¹⁴⁴ D. Fenouillet, « Le modèle du droit privé français », *art. préc.*, n° 35 et s.

car si la loi est inéquitable en général, ce n'est pas au juge mais au législateur qu'il incombe de la modifier »²¹⁴⁵.

B. Les effets du contrôle de l'intérêt général sur les rôles traditionnels du juge et du législateur : le juge, nouvel arbitre des intérêts

535. Contrôle concret et contrôle abstrait de l'intérêt général. À travers le contrôle de proportionnalité, le juge est invité à reconstituer le raisonnement du législateur. Pour ce faire, il doit examiner le choix de l'enjeu d'intérêt général ayant mené à l'édiction de la loi. Dans le contrôle *in abstracto*, il effectue la balance ayant donné lieu à l'élaboration de la règle en elle-même ; dans le contrôle *in concreto*, il s'interroge sur la pertinence de l'application de la loi au cas d'espèce. À travers la distinction entre le contrôle de conventionnalité abstrait et concret, le juge doit refaire, théoriquement, la balance de tous les intérêts en présence, ainsi que l'étude de l'adéquation et de la nécessité de la règle considérée. Si le contrôle *in abstracto* « apparaît aujourd'hui comme une évidence, [...] il faut rappeler son caractère exorbitant » en ce « qu'il permet au juge [...] de censurer l'arbitrage politique opéré par le législateur en estimant que cet arbitrage ne respecte pas un juste équilibre entre les intérêts privés et publics en présence »²¹⁴⁶. Les juges doivent en outre interroger la pertinence de l'application de la loi à l'espèce à travers le contrôle concret, également source de nombreuses critiques doctrinales²¹⁴⁷. L'opposition n'est pourtant pas unanime : certains saluent au contraire la « flexibilité » offerte par le contrôle *in concreto*, qui serait de nature à protéger la loi en lui apportant la souplesse nécessaire à sa pérennité²¹⁴⁸, à l'inverse du contrôle abstrait qui peut finalement s'avérer plus dangereux pour la stabilité de loi²¹⁴⁹.

536. Le contrôle de l'intérêt général et l'arbitrage des intérêts. Le contrôle de conventionnalité, abstrait et concret, ainsi que, dans une moindre mesure, le contrôle de constitutionnalité conduisent le juge à s'ériger en conciliateur des intérêts, ce qui laisse une grande place à sa subjectivité²¹⁵⁰. Ainsi, au-delà de son rôle d'interprète de la loi, le juge peut

²¹⁴⁵ C. Brunet, *thèse préc.*, p. 332.

²¹⁴⁶ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », in *Le contrôle de proportionnalité*, colloque Cour de cassation 23 juin 2021, retransmission vidéo site Internet C. cass., (les citations, issues d'une conférence donnée par oral, sont reproduites en substance), env. 1:51:20 et s., spéc. env. 1:58:50.

²¹⁴⁷ Il serait impossible de les citer de manière exhaustive ; v. par ex. F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.* ; P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts"... », *art. préc.* ; P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 275, p. 340.

²¹⁴⁸ H. Fulchiron, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014.153, spéc. p. 154 ; de même J.-P. Marguénaud, « Le sauvetage magistral... », *art. préc.*

²¹⁴⁹ M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.* : l'auteur parle de la « logique tentaculaire » du contrôle abstrait.

²¹⁵⁰ Le constat a également été fait au sujet du Conseil d'État : L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* Sous réserve des questions de société : F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *préc.*, env. 1:59:46. V. not. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627 et Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

aller jusqu'à écarter la loi « claire et précise » dans un cas particulier où elle serait applicable²¹⁵¹. La loi se voit ainsi « jugée de l'extérieur »²¹⁵². Le juge se dote donc d'un nouveau rôle peut-être plus intrusif : à travers la recherche de l'intérêt général, il peut être amené à s'intéresser aux motifs de la loi et à la raison d'être de son édicte. S'il arrive que le juge examine l'objectif poursuivi par la loi pour guider son interprétation²¹⁵³, la mise en balance de l'intérêt général va bien au-delà d'une simple interprétation de loi : elle conduit le juge à remettre en cause son bien-fondé.

537. Le juge arbitre des intérêts à travers la mise en œuvre de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, tend également à se rapprocher de la fonction d'élaboration de la règle. Tout se passe comme s'il exerçait de plus en plus les fonctions du législateur.

C. L'impression de diminution de la marge nationale d'appréciation du législateur au profit du juge

538. Dans le système français où la loi est la norme supérieure, l'octroi d'un pouvoir supplémentaire de contrôle au profit du juge a pour effet de modifier le jeu de la marge nationale d'appréciation prévue dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette dernière s'adresse en principe à celui qui édicte la norme, c'est-à-dire au législateur. Cependant, le système de la Convention se trouve indifférent à l'origine des règles contrôlées au regard des droits fondamentaux, dès lors qu'elles émanent d'une autorité légitime²¹⁵⁴. Par le contrôle de la loi, le juge se trouve ainsi placé dans la position d'un quasi « co-législateur »²¹⁵⁵ et la marge de manœuvre du législateur décroît au profit de celle du juge²¹⁵⁶. Ainsi, le principe de subsidiarité se trouve affaibli à double titre : d'une part, à travers de déclin de la compétence du législateur face au juge ; d'autre part, à travers la modification des méthodes du juge sous l'influence de la Cour européenne.

539. Une diminution de la marge de manœuvre du législateur. Il semble que le législateur soit particulièrement touché par cette diminution de la marge d'appréciation ; le juge interne, quant à lui, tend à augmenter son pouvoir, du moins dans l'ordre juridique national.

²¹⁵¹ F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, note de bas de page n° 6. Sur le lien avec le pouvoir modérateur du juge, v. *infra*, n° 532 et s.

²¹⁵² A. Sériaux, « Quand proportionnalité rime avec équité », *Cah. méth. jur.* 2018.2079.

²¹⁵³ P. Deumier, « Les “motifs des motifs”... », *art. préc.*, p. 136 et s.

²¹⁵⁴ V. *supra*, n° 98.

²¹⁵⁵ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », *art. préc.*, spéc. p. 225 : « un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. On pourrait donc interpréter l'annulation des lois par un tribunal aussi bien comme une répartition du pouvoir législatif entre deux organes que comme un empiètement sur le pouvoir législatif ».

²¹⁵⁶ Sur l'impression d'une augmentation des pouvoirs du juge sous l'influence de la Cour européenne, notamment par différentes formes de modification de la loi nationale, v. déjà R. de Gouttes, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français », *RIDC* 1999.7, spéc. p. 9 et s.

D'une part, en anticipant les solutions de la Cour européenne, il prétend se soustraire à son contrôle²¹⁵⁷. D'autre part, au moyen de l'examen de la loi, il s'affranchit partiellement des solutions prévues par le législateur. L'impression est renforcée par la prépondérance des décisions de la Cour européenne face à celles du Conseil constitutionnel, parfois considéré comme une sorte de prolongement du législateur²¹⁵⁸. En témoignent les arrêts du 15 avril 2011 relatifs à la garde à vue, dans lesquels la Cour de cassation sembla donner la priorité à la solution de la Cour européenne sur la décision du Conseil²¹⁵⁹. Ce dernier, avec sa formule classique par laquelle il affirme « ne [pas] disposer d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement », d'où il résulte qu'« il ne lui appartient pas [...] de substituer son appréciation à celle du législateur sur le choix de poursuivre de tels objectifs », apparaît soucieux de préserver la place du législateur dans l'ordre interne. À l'inverse, la Cour européenne semble indifférente à l'origine des règles pouvant constituer des ingérences, dès lors qu'elles émanent d'une autorité légitime²¹⁶⁰. Autrement dit, la Cour européenne se montre peu attentive au respect de la compétence du législateur, qu'elle semble considérer comme équivalente au pouvoir du juge dans l'édition des règles²¹⁶¹. Une telle attitude, couplée à l'élargissement de l'office du juge dans le contrôle de la loi, entraîne ainsi un affaiblissement de la marge d'appréciation du législateur.

²¹⁵⁷ C'est en tout cas l'objectif affiché : v. « Pour exercer pleinement son office... », *art. préc.*

²¹⁵⁸ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », *art. préc.*, spéc. p. 225 : « un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. On pourrait donc interpréter l'annulation des lois par un tribunal aussi bien comme une répartition du pouvoir législatif entre deux organes que comme un empiétement sur le pouvoir législatif ». V. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 357, p. 354, sur le Conseil constitutionnel comme « législateur négatif ».

²¹⁵⁹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 6, p. 28 et 29 : « Instaurant une véritable concurrence des mécanismes, et des “juges”, la consécration du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été très mal accueillie par la Cour de cassation. Faisant montre d'une pugnacité et d'une animosité très franches, là où le Conseil d'État semblait se conformer à la situation avec une relative souplesse, la Cour de cassation a mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour tenter de limiter, dès le départ, le rayonnement de la question prioritaire de constitutionnalité. Échouant partiellement dans cette entreprise, elle n'a pas hésité à utiliser, voire à instrumentaliser, le contrôle de conventionnalité pour asseoir son autorité C'est dans ce contexte éminemment concurrentiel qu'elle procéda à l'une des évolutions les plus remarquables (et remarquées) du contrôle. Par un arrêt en date du 15 avril 2011, les juges du quai de l'Horloge, réunis en Assemblée plénière, étaient amenés à statuer sur la conventionnalité du régime de la garde à vue. Déjà déclaré inconstitutionnel, priorité procédurale oblige, la Cour de cassation, retenant sans surprise l'inconventionnalité du régime, affirma, dans une formule dénuée de toute ambiguïté, que “les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation”. Neutralisant ainsi la portée de la QPC traitée par le Conseil constitutionnel, cet arrêt réalise par la même occasion une avancée inédite en faveur de l'eupéanisation des méthodes judiciaires. Ainsi, la Cour de cassation, mue d'un esprit de concurrence incontestable, s'affranchit tant de ses réticences passées que des critiques formulées à l'encontre de sa prise de pouvoir illégitime à l'égard du pouvoir législatif, pour franchir une étape décisive en matière de conventionnalité ».

²¹⁶⁰ Sur l'exigence de légalité dans la Convention, v. *supra*, n° 98.

²¹⁶¹ Sur les critères de l'exigence de légalité devant la Cour, v. *supra*, n° 98.

540. Le déclin de la compétence du législateur : l'affaiblissement du principe de subsidiarité lié à la pratique de la Cour européenne. « L'autorité interprétative »²¹⁶², le développement des notions autonomes²¹⁶³, ainsi que la pratique occasionnelle du contrôle *in abstracto* par la Cour européenne²¹⁶⁴, réduisent la marge nationale d'appréciation²¹⁶⁵. La Cour européenne adopte une « attitude presque législative », à travers le développement des « arrêts-pilotes »²¹⁶⁶. Tous ces phénomènes participent à l'affaiblissement de la liberté de mise en œuvre de la Convention par les États²¹⁶⁷, composante du principe de subsidiarité²¹⁶⁸.

541. Une autre manifestation de la diminution de la marge nationale d'appréciation du législateur : le développement des notions autonomes. « Méthode de formation d'un droit commun » qui vise à « pallier l'imprécision des termes conventionnels »

²¹⁶² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 59 et s., p. 100 et s. et v. *supra*, n° 220 et 221.

²¹⁶³ *Ibid.*, n° 60, p. 102.

²¹⁶⁴ M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.* : « De surcroît, il est piquant de constater qu'au moment même où le contrôle de conventionnalité interne se concrétise, la tendance à l'objectivisation du contrôle s'accroît dans le cadre de la Convention européenne » ; « l'appréhension de ces éléments relatifs aux choix adoptés par le législateur et aux arguments pris en considération par le législateur devient systématique ». Sur une vision du contrôle *in abstracto* de la Cour européenne comme étant de nature à renforcer la marge d'appréciation, v. M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.* Selon le professeur Frédéric Sudre, ce contrôle implique par le juge national nécessairement un contrôle *in concreto* (F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 7). À l'inverse, selon le professeur Sébastien Touzé, le contrôle des juges internes est libre dès lors que les droits fondamentaux sont respectés et la Cour européenne ne peut en aucun cas effectuer de contrôle *in abstracto* (S. Touzé, « Pour une lecture "anzilottienne" de la Convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié ? », *Droits* 2012.255, n° 42 et 46). La première vision semble l'avoir désormais emporté : le juge interne pratique le contrôle *in concreto* et le juge européen pratique le contrôle *in abstracto*. V. aussi M. Afroukh, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : « Révélatrice d'un enrichissement du contrôle abstrait qui porte sur les modalités d'élaboration de la loi, la jurisprudence européenne démontre que ce contrôle intervient souvent pour conforter la marge nationale des États sur des questions sensibles. L'idée étant que si la Cour juge aux termes de ce contrôle que la loi a pris en compte les différents intérêts en présence, elle ne s'engagera pas ou peu sur le terrain de la proportionnalité concrète ». L'auteur tire argument de l'arrêt CEDH, 22 avr. 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, §109 : « plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins la Cour attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier soumis à son examen ». Selon lui, la Cour se montre sensible aux arguments de « cohérence du droit » et de « sécurité juridique » (M. Afroukh, « L'identification d'une tendance... », *art. préc.*, spéc. p. 1379 et 1380 ; M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*).

²¹⁶⁵ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 59 et s., p. 100 et s.

²¹⁶⁶ *Ibid.*, n° 314, p. 473 ; F. Sudre et al., *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 140, p. 210.

²¹⁶⁷ L. Audouy, *thèse préc.*, n° 602.

²¹⁶⁸ Il convient d'apporter une légère nuance : la Cour réaffirma récemment l'importance du critère d'épuisement des voies de recours internes avant une requête devant elle, réaffirmant le maintien de la subsidiarité « institutionnelle » (A. Debet, *thèse préc.*, n° 93, p. 105, l'auteur parle de « subsidiarité procédurale » ; v. aussi G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne...*, *op. cit.*, p. 105, par opposition à la « subsidiarité substantielle » ; v. aussi sur cette distinction C. Picheral, « L'expression jurisprudentielle... », *art. préc.*, spéc. p. 88). À l'occasion de l'arrêt *Charron et Merle-Montet c. France* (CEDH, 16 janv. 2018, *Charron et Merle-Montet c. France*, n° 22612/15), la Cour réaffirma l'importance de l'épuisement des voies de recours internes (M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*). Les requérantes étaient un couple de femmes à qui une procédure d'assistance médicale à la procréation avait été refusée et qui affirmaient que tout recours contre cette décision était voué à l'échec. La Cour jugea ainsi la requête irrecevable aux motifs de l'absence d'épuisement des voies de recours internes et réaffirma le lien de cette exigence avec la marge nationale d'appréciation (§28 à 30).

et « l'absence d'homogénéité des droits nationaux » pour donner « une définition uniforme des engagements étatiques »²¹⁶⁹, l'élaboration des notions autonomes a en réalité pour effet de faire prévaloir les définitions de notions propres au système de la Convention européenne sur celles du droit interne. Ainsi, la définition conventionnelle de notions²¹⁷⁰ telles que le « domicile »²¹⁷¹, l'« association »²¹⁷², le « bien »²¹⁷³ ou encore la « vie privée »²¹⁷⁴, supprime les conceptions internes issues du travail législatif afin d'imposer des obligations positives.

542. La variabilité imprévisible de la marge nationale d'appréciation. La marge nationale d'appréciation est intimement liée à la limite d'intérêt général²¹⁷⁵. C'est la raison pour laquelle son amenuisement, sous l'influence de la Cour européenne sur la loi²¹⁷⁶, est de nature à réduire la place de la limite d'intérêt général²¹⁷⁷. Ainsi, l'attitude récente de la Cour européenne, malgré quelques ambivalences, semble aller dans le sens d'une diminution de la marge nationale d'appréciation²¹⁷⁸. Cette situation s'explique également par la logique récente

²¹⁶⁹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 157, p. 245 et 246.

²¹⁷⁰ La liste n'est bien sûr pas exhaustive.

²¹⁷¹ CEDH, 18 nov. 2004, *Prokopovitch c. Russie*, n° 58255/00, §36, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 157, p. 245.

²¹⁷² CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France*, *préc.*, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 157, p. 246.

²¹⁷³ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 157, p. 245 ; CEDH, 23 févr. 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, n° 15375/89, §53 ; L. Benezech, *thèse préc.*, n° 467, p. 251. V. G. Sebban, *thèse préc.*, n° 19, p. 24, et note de bas de page n° 115 : il semble bien plus fréquent de considérer que le critère pour désigner un bien est son « intérêt économique » et sa « valeur patrimoniale ». Sur l'évolution du « droit de propriété » vers un « droit à la propriété » : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2013, n° 33, p. 40.

²¹⁷⁴ F. Sudre, « Rapport introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes colloque 26 et 27 nov. 2004, Institut dr. eur. dr. homme, Univ. Montpellier I, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 63, 2005, p. 11 et s., spéc. p. 15 ; S. Canas, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du code civil », *Nouv. cah. Cons. const.*, n° 48, juin 2015, p. 47 et s.

²¹⁷⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 426 et s.

²¹⁷⁶ L. Milano, « L'influence de la Convention européenne... », *art. préc.*, spéc. p. 106.

²¹⁷⁷ Le constat de l'affaiblissement du principe de subsidiarité ne fait pas l'unanimité parmi la doctrine, v. *contra*, tirant argument de l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, comme risquant d'augmenter la marge nationale d'appréciation et de mener à une interprétation moins stricte des droits et libertés : F. Sudre, « La subsidiarité... », *art. préc.*, n° 32 et s. ; crainte également exprimée dans F. Sudre, « Le recadrage de l'office du juge européen », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 239 et s., spéc. p. 251 et s. V. aussi Y. Lécuyer, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2019.5. Sur la prise en compte par la Cour des réactions hostiles des États à certains de ses arrêts : C. Berthier, *thèse préc.*, n° 311 et s., p. 468 et s. et n° 315 et s., p. 475 et s. Sur la procéduralisation comme argument de retenue de la Cour : C. Berthier, *thèse préc.*, n° 312, p. 470 ; J. Garcia Roca, « Déférence internationale... », *art. préc.*, n° 68 et s. Enfin, sur la ratification du Protocole n° 15 inscrivant explicitement le principe de subsidiarité dans le texte : C. Berthier, *thèse préc.*, n° 312, p. 471. V. aussi N. Le Bonniec, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme – Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, Bruylant, coll. « Thèses », 2017, n° 565 et s., p. 445 et s. ; L. Benezech, *thèse préc.*, n° 177 et s., p. 106 et s. ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 147, p. 223 et 224.

²¹⁷⁸ C. Brenner, « Les différentes missions de la Cour de cassation », in *L'accès au juge de cassation*, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), Soc. légis. comp., coll. « Colloques », 2015, p. 29 et s., spéc. p. 38 : l'auteur parle de la « stérilisation » de la marge nationale d'appréciation.

d'interprétation « constructive » et « internationaliste du principe de subsidiarité par le juge national français » qui constitue une « source d'élargissement de [l']office » de la Cour²¹⁷⁹.

543. Ainsi, la position du législateur est implicitement fragilisée au profit de celle du juge. Toutefois, la place de ce dernier demeure subordonnée à la Cour. La marge d'appréciation n'est donc pas simplement déplacée : elle s'affaiblit.

544. L'affaiblissement institutionnel du principe de subsidiarité. Les premières manifestations de l'affaiblissement du principe de subsidiarité sont institutionnelles : l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, introduisant la possibilité d'adresser à la Cour européenne des questions préjudicielles, en est une illustration²¹⁸⁰. Bien que destiné à renforcer le « dialogue des juges », ce mécanisme semble affaiblir la marge nationale d'appréciation des États, qui sont invités à s'adresser à la Cour au lieu de trancher eux-mêmes les litiges relatifs aux droits fondamentaux²¹⁸¹. Ainsi, non seulement les États doivent se référer à l'autorité de la Cour européenne pour l'interprétation des notions, mais ce mécanisme a inmanquablement vocation à uniformiser la pratique au sein des États membres et à faire disparaître certaines particularités étatiques. En outre, il donne au juge une place de premier plan, au détriment du législateur.

545. L'affaiblissement du fait de la Cour de cassation : la crainte de la condamnation strasbourgeoise. La menace de condamnation par la Cour européenne en cas de violation de la Convention, qui emporte également un coût financier²¹⁸², constitue un argument en faveur de l'approfondissement du contrôle de la loi par le juge interne, pour s'aligner sur les solutions de la Cour européenne²¹⁸³. Certains auteurs considèrent toutefois que la menace de la condamnation n'est en réalité qu'un « prétexte » pour mettre en place une concrétisation du contrôle de la loi²¹⁸⁴. Cette « rhétorique » permettrait au juge de se placer dans « une position passive de soumission » de nature à justifier ses solutions²¹⁸⁵. On dénonce

²¹⁷⁹ R. de Gouttes, « La priorité substantielle du droit interne », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 41 et s., spéc. p. 52 et 53.

²¹⁸⁰ B. Favreau, « Intervention », *art. préc.*, spéc. p. 379 ; J. Andriantsimbazovina, « Point de vue », *art. préc.*, spéc. p. 380.

²¹⁸¹ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *préc.*, env. 2:04:09 : l'auteur estime que cela ne « constitue pas un modèle pour le dialogue des juges ».

²¹⁸² *Cour de cassation – Rapport public 2018 – Le rôle normatif de la Cour de cassation*, site Internet C. cass.

²¹⁸³ C. Jamin, P. Jestaz et J.-P. Marguénaud, « Révolution tranquille... », *art. préc.* ; « Pour exercer pleinement son office... », *art. préc.*

²¹⁸⁴ J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.*, spéc. p. 832 et s.

²¹⁸⁵ *Ibid.*, spéc. p. 833 : les auteurs invitent toutefois à ne pas donner trop de place à l'argument. Bien que ce « discours comporte une part de vérité », notamment parce que la Convention européenne n'est pas le seul fondement du contrôle de conventionnalité de la loi et ensuite parce que le contrôle au regard de la Convention ne veut pas dire que la solution retenue par la Cour de cassation sera toujours approuvée par la Cour européenne.

ainsi le « zèle » de la Cour de cassation en matière de mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁸⁶.

546. Le phénomène de « procéduralisation » des droits : une autre manifestation de la diminution de la marge de manœuvre des autorités internes. La procéduralisation constitue une manifestation de l'affaiblissement de la marge nationale d'appréciation²¹⁸⁷. On la définit comme le fait d'« accentu[er] [le] contrôle des procédures internes destinées à assurer le respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre national »²¹⁸⁸ dans « la recherche [...] [d']un idéal de justice »²¹⁸⁹ et la mise en œuvre du principe « d'effectivité » des droits²¹⁹⁰. Elle permet ainsi le contrôle des procédures mises en place pour garantir le respect d'un droit²¹⁹¹ : « le contrôle juridictionnel de [son] respect dépendra de la manière dont les autorités normatives ont procédé pour concilier les intérêts contradictoires en présence »²¹⁹². Concrètement, cela se manifeste de la part de la Cour par un contrôle des processus de décision, de protection et de sanction, aussi bien judiciaires que législatifs²¹⁹³, sur un sujet donné²¹⁹⁴. La procéduralisation peut notamment se manifester par l'instauration d'obligations positives à la charge des États²¹⁹⁵, entraînant une dichotomie pour un même droit entre un « volet substantiel » et un « volet procédural »²¹⁹⁶. Par exemple, en matière de droit à la vie sur le fondement de l'article 2 de la Convention, la Cour a développé un aspect procédural qui s'incarne dans « l'obligation [...] d'enquêter »²¹⁹⁷, qui est « indépendante de la question de savoir si l'État est ou non responsable du décès » et peut donner lieu à une condamnation distincte²¹⁹⁸.

V. aussi F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *préc.*, env. 2:13:35 : la Cour de cassation n'est pas « un intermédiaire passif entre deux juges du cas, mais [...] un co-auteur actif de la règle de droit ».

²¹⁸⁶ Expression fréquente chez les auteurs v. not. F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *préc.*, env. 2:04:40. Madame Cécile Berthier parle quant à elle de « docilité » (*thèse préc.*, n° 301, p. 451). Il est à noter que ce zèle est parfois accompagné d'un zèle de la part du législateur qui a par exemple accepté « la révision des arrêts au civil en cas de condamnation de la Cour [européenne] » (C. Berthier, *thèse préc.*, n° 304, p. 458).

²¹⁸⁷ Sur ce sujet, v. K. Panagoulas, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la convention européenne des droits de l'homme*, préf. J. Morange, Bruylant, 2011 ; N. Le Bonniec, *thèse préc.*

²¹⁸⁸ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2007.397, spéc. p. 397.

²¹⁸⁹ *Ibid.*

²¹⁹⁰ N. Le Bonniec, *thèse préc.*, n° 585 et s., p. 456 et s.

²¹⁹¹ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations... », *art. préc.*, spéc. p. 398.

²¹⁹² E. Dubout, « La procéduralisation des droits », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 265 et s., spéc. p. 265.

²¹⁹³ L. Audouy, *thèse préc.*, n° 615.

²¹⁹⁴ *Ibid.*, n° 607 et 615.

²¹⁹⁵ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations... », *art. préc.*, spéc. p. 398.

²¹⁹⁶ *Ibid.*

²¹⁹⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 299, p. 467.

²¹⁹⁸ *Ibid.*, n° 299, p. 468 et 469.

547. Avantages de la procéduralisation en termes de protection des droits fondamentaux. La logique de la procéduralisation s'approche finalement de celle prônée par Habermas lorsqu'il affirme que : « Le droit positif ne peut plus emprunter sa légitimité à un droit moral supérieur, mais seulement à une procédure de formation de l'opinion et de la volonté présumée raisonnable »²¹⁹⁹. Selon cette conception, la protection procédurale est bien plus efficace que la protection substantielle, plus fluctuante et subjective. Elle permet « d'objectiver » le contrôle de la Cour européenne²²⁰⁰, en lui octroyant une « tâche moins polémique que [celle] de l'équilibre à trouver entre des droits contradictoires ou entre la protection d'un droit subjectif et la poursuite d'un intérêt général »²²⁰¹. Ainsi, certains auteurs considèrent que la procéduralisation pourrait être un instrument d'amplification de la marge nationale d'appréciation et du principe de subsidiarité²²⁰², en particulier parce qu'elle laisserait les juridictions internes trancher les conflits de droits et les questions de fond²²⁰³. La Cour européenne pourrait ainsi se soustraire partiellement aux accusations d'ingérence dans les questions de société de droit interne²²⁰⁴ : l'idée serait de faire en sorte que les États mettent en place des procédures pour que le respect des droits fondamentaux soit contrôlé en amont²²⁰⁵, notamment afin de désengorger la Cour européenne²²⁰⁶, mais également pour restaurer la marge d'appréciation²²⁰⁷.

548. Procéduralisation et diminution de la marge de manœuvre des États. La procéduralisation ne semble pourtant pas constituer un mécanisme protecteur de l'autonomie étatique. En effet, l'argument selon lequel cette méthode favoriserait l'autonomie des États²²⁰⁸ est réversible : le volet procédural des droits n'a pas vocation à *remplacer* le volet substantiel ;

²¹⁹⁹ J. Habermas, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Gallimard, coll. « NRF essais », 1997, p. 488.

²²⁰⁰ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations... », *art. préc.*, spéc. p. 402 ; L. Audouy, *thèse préc.*, n° 608, p. 430 et 431.

²²⁰¹ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations... », *art. préc.*, spéc. p. 402. Sur le cas des conflits de droits, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 864, p. 571.

²²⁰² F. Tulken et S. Van Drooghenbroeck, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme », Table ronde 3^e académie européenne d'été, coll. « Les conférences publiques du pôle européen Jean Monnet », Université Pierre Mendès France Grenoble, 27 sept. 2002, p. 98.

²²⁰³ N. Le Bonniec, *thèse préc.*, n° 358, p. 296.

²²⁰⁴ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations... », *art. préc.*, spéc. p. 419 : objectif de diminuer « l'emprise » sur les droits nationaux.

²²⁰⁵ *Ibid.*, spéc. p. 420.

²²⁰⁶ *Ibid.* ; N. Le Bonniec, *thèse préc.*, n° 574 et s., p. 450 et s.

²²⁰⁷ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations... », *art. préc.*, spéc. p. 421 ; K. Panagoulis, *thèse préc.*, n° 36, p. 60 ; N. Le Bonniec, *thèse préc.*, n° 569 et s., p. 447 et s. *Contra*, plus nuancé quant aux rapports entre subsidiarité et procéduralisation, L. Audouy, *thèse préc.*, n° 604 et s., p. 426 et s.

²²⁰⁸ N. Le Bonniec, *thèse préc.*, n° 747, p. 545.

il s'y *ajoute*²²⁰⁹, faisant peser sur l'État des obligations supplémentaires. La Cour ne s'abstient pas d'examiner les requêtes fondées sur la violation d'une obligation substantielle : elle s'attend à ce que, dans la mise en œuvre des obligations procédurales, les États appliquent aussi les obligations substantielles qu'elle a par ailleurs imposées. L'impression de souplesse sur la solution au fond est ainsi trompeuse : il s'agit d'une réduction supplémentaire de la marge de manœuvre des États²²¹⁰. Ces contraintes sont également visibles à travers le contrôle de l'exécution des arrêts²²¹¹. Ainsi, non contente d'imposer aux États des obligations substantielles, la Cour double son contrôle d'obligations procédurales, amenuisant par là même encore davantage le « libre choix des moyens »²²¹² dont disposent en principe les États membres²²¹³. L'affirmation de Madame Nina Le Bonniec, selon laquelle la procéduralisation pourrait permettre à la Cour de s'abstenir de se prononcer sur les conflits de droits²²¹⁴, apparaît discutable : l'auteur donne l'exemple de l'arrêt *Odièvre contre France* ; or, dans cet arrêt, la Cour s'exprime abondamment sur les intérêts en présence avant de s'intéresser au volet procédural du mécanisme de l'accouchement sous X²²¹⁵. Par ailleurs, la procéduralisation des droits s'inscrit dans la prise de pouvoir du juge au sein des États membres²²¹⁶ : elle place le juge interne au cœur du système de la Convention et l'institue en acteur de premier plan²²¹⁷.

549. L'affaiblissement de la marge nationale d'appréciation est ainsi visible à travers plusieurs phénomènes. La Cour européenne des droits de l'homme se montre en effet indifférente à l'origine institutionnelle des règles pouvant constituer des atteintes aux droits fondamentaux ; la condition de « légalité » prévue dans la clause d'ordre public est indifférente au point de savoir si la mesure est d'origine légale ou jurisprudentielle, dès lors qu'elle émane

²²⁰⁹ E. Dubout, « La procéduralisation des obligations... », *art. préc.*, spéc. p. 398 ; F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « L'évolution des droits garantis... », *art. préc.*, p. 97 et 98 : « Dans cette perspective, le mouvement de procéduralisation est susceptible de donner sens au renvoi à la marge d'appréciation en l'assortissant d'une condition préliminaire : avant de s'en remettre sur le fond aux appréciations des États, encore vérifiera-t-on que ceux-ci ont, sur un plan méthodologique et formel, multiplié les chances d'aboutir à la "bonne décision", en se mettant à l'écoute, de manière équitable et impartiale, de l'ensemble des intérêts pertinents ». V. aussi L. Audouy, *thèse préc.*, n° 604. Pour une autre critique de la procéduralisation : M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 54 : « Dans le passage d'une justice substantielle à une justice procédurale, c'est désormais une procédure juste qui est censée garantir automatiquement la justice du résultat. Le droit devrait dès lors se contenter de contrôler la légalité des procédures – et en particulier le consentement des individus – en laissant ces derniers décider des choix de vie substantiels leur permettant de se réaliser ».

²²¹⁰ L. Audouy, *thèse préc.*, n° 605.

²²¹¹ *Ibid.*, n° 629 ; E. Dubout, « La procéduralisation des droits », *art. préc.*, spéc. p. 285 et s.

²²¹² F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 238, p. 377.

²²¹³ N. Le Bonniec, *thèse préc.*, n° 480, p. 385 et 386 ; n° 440, p. 365 et n° 473, p. 379, sur le pouvoir d'injonction de la Cour.

²²¹⁴ *Ibid.*, n° 358, p. 296.

²²¹⁵ CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, §44 et 45.

²²¹⁶ N. Le Bonniec, *thèse préc.*, n° 571 et s., p. 448 et s.

²²¹⁷ *Ibid.*, n° 572 et s., p. 449 et s.

d'une autorité légitime²²¹⁸. La Cour européenne, à travers l'abstractisation de son contrôle, l'autorité toujours croissante de ses arrêts et le recours aux notions autonomes, manifeste une relative indifférence aux solutions législatives internes. Elle entraîne par conséquent, par ses exigences combinées de contrôle de la loi par le juge et de légalité indifférente à l'origine de la règle, un déplacement de la marge nationale d'appréciation du législateur vers le juge : c'est ce dernier qui a le dernier mot au lieu de mettre en œuvre les règles légales émanant du législateur. Toutefois, le juge se trouve simultanément de plus en plus soumis aux exigences de la Cour : le constat est visible tout d'abord institutionnellement avec la possibilité de renvoyer des questions préjudicielles à la Cour européenne des droits de l'homme, mais également à travers la procéduralisation qui ajoute toujours davantage d'exigences, ainsi que la variabilité imprévisible de la marge nationale d'appréciation.

550. Les modifications liées à la marge d'appréciation ne semblent pas toucher le juge tant que le législateur. Par extension, elles changent les rapports qui existent entre le législateur et le juge, ce dernier étant mis à l'honneur dans le système de la Convention.

§2. L'APPARITION D'UN JUGE « CO-LÉGISLATEUR » ?

551. La balance des intérêts appliquée à la loi : un exercice politique. La balance des intérêts effectuée par le juge à l'occasion du contrôle de proportionnalité revient à l'exercice d'un véritable « pouvoir politique »²²¹⁹, notamment en raison de la difficulté de donner un contenu déterminé aux droits de l'homme : la meilleure preuve étant que « certains droits et libertés sont [...] invoqués au soutien de deux positions – morales, politiques – totalement opposées »²²²⁰. Ces idées rejoignent celles de Kelsen, qui met en garde contre l'absence de prévisibilité de la méthode de la balance des intérêts : « Même le principe dit de “la balance des intérêts” ne résout nullement le problème en présence duquel on se trouve, mais ne fait en réalité que le formuler ; car il ne fournit pas l'étalon objectif à l'aide duquel on pourrait comparer les uns aux autres des intérêts opposés, et en conséquence, trancher des conflits d'intérêts. En particulier, on ne peut pas déduire ce criterium de la norme à interpréter, ou de la loi qui contient cette norme, ou de l'ordre juridique entier, comme le pense la doctrine de la “balance des intérêts”. Car la nécessité d'une “interprétation” résulte précisément de ce que la norme à appliquer ou le système de normes laissent ouvertes plusieurs possibilités – autrement dit : de

²²¹⁸ V. *supra*, n° 98.

²²¹⁹ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 20, p. 176.

²²²⁰ *Ibid.*, note de bas de page n° 167 : comme c'est le cas « par exemple, du principe de dignité de la personne humaine, qui est sollicité, tantôt par les partisans, tantôt par les opposants à l'euthanasie ».

ce qu'ils ne contiennent pas de décisions sur le point de savoir lequel des intérêts en jeu a le plus de valeur, mais remettent cette décision, cette détermination du rang respectif des intérêts à un acte de création de normes qu'il va s'agir de faire, aux décisions juridictionnelles par exemple »²²²¹. Une telle méthode ne peut donc en aucun cas donner une solution prévisible juridiquement.

552. Particularité des droits fondamentaux : une source de subjectivité.

L'augmentation du rôle du juge est également liée aux particularités des droits fondamentaux²²²². Ils entretiennent des liens étroits avec les standards, très présents dans leur énoncé²²²³. Ils ne constituent « pas la clef, mais le point de départ de toute discussion [...] »²²²⁴ ; c'est ainsi que le juge qui les applique se trouve quasiment dans la position d'un législateur²²²⁵. « Notions particulièrement indéterminées »²²²⁶, ils sont frappés d'une « inaptitude congénitale à trancher un litige particulier »²²²⁷, en raison « d'une part, [de] leur indétermination, qui nécessite l'interprétation, et, d'autre part, [de] leurs contradictions, qui imposent la conciliation »²²²⁸. En ce sens, ils constituent davantage un « idéal » que de véritables droits²²²⁹. C'est la raison pour laquelle leur application peut conduire à des dérives : « chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme, et pratiqué séparément est générateur d'*injustices* »²²³⁰. Tout se passe comme si finalement les droits fondamentaux n'étaient pas faits pour être « appliqués » au même titre que d'autres droits : ils mettent le juge

²²²¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 339. Sur ce point, v. aussi *supra*, n° 174 et 178, sur le caractère incommensurable des intérêts et les références citées.

²²²² Sur ce point, v. *supra*, n° 32.

²²²³ S. Leturcq, *thèse préc.* : l'auteur évoque tout d'abord les buts légitimes énumérés par les articles de la Convention européenne des droits de l'homme (p. 55), mais également des éléments tels que « prévu par la loi » et « nécessaire dans une société démocratique » (p. 63) et même « proportionnalité » (p. 73). V. aussi S. Rials, *thèse préc.*, n° 93, p. 120, sur la définition du standard.

²²²⁴ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 177. Bien que défendant une approche différente, v. aussi E. Picard, « L'émergence... », *art. préc.*, spéc. p. 38 : les droits fondamentaux comme « fondateurs de l'ordre juridique » ; « dès lors qu'ils sont démocratiquement reconnus comme fondamentaux par principe et raisonnablement mis en œuvre, ils n'ont pas pour objet de perturber l'ordre juridique, mais, après l'avoir institué, de le réguler dans ces conditions ».

²²²⁵ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 177 : « En invoquant les droits de l'homme, on ne résout pas une question, on ne fait qu'en expliciter les termes. [...] Par où l'on comprend que si les droits de l'homme sont les valeurs fondatrices de notre République, cette position privilégiée ne leur permet pas – elle leur interdit même *a priori* – d'avoir le dernier mot. Avec les droits de l'homme, le décor est planté, mais tout reste à faire » ; v. aussi F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 6 : l'auteur dit que les droits de l'homme sont le « socle », le « point de départ », les « fondations » de l'ordre juridique.

²²²⁶ F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017.524, spéc. p. 525.

²²²⁷ F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 6.

²²²⁸ *Ibid.*

²²²⁹ M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 12.

²²³⁰ *Ibid.*, p. 13, c'est l'auteur qui souligne.

dans une situation de pesée des valeurs, avec toute la subjectivité que cela peut entraîner²²³¹ en le rendant dépositaire de la « délicate et noble tâche »²²³² qui consiste à « concilier les intérêts opposés, arbitrer au nom du bien commun »²²³³. Finalement, les droits de l’homme tout comme l’intérêt général²²³⁴ constituent le fondement et la limite du pouvoir politique dans un État respectant les libertés²²³⁵.

553. Ainsi, le juge est en quelque sorte amené à raisonner comme le législateur dans la recherche de l’intérêt général et à porter une appréciation sur le bien-fondé de la loi. Ce nouveau rôle du juge face à la loi en fait-il un « co-législateur »²²³⁶ ? Les critiques tenant à l’atteinte à la séparation des pouvoirs et au retour du jugement en équité sont-elles fondées ? Soumettre la loi au contrôle de proportionnalité abstrait et concret revient, pour chaque loi, à donner la possibilité au juge de peser à la fois l’intérêt général abstrait ayant mené à l’édiction

²²³¹ Sur ce danger, v. D. de Béchillon, « Observations sur la motivation des arrêts contrôle de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 29. *Contra* E. Picard, « L’émergence... », *art. préc.*, spéc. p. 37, qui considère que les valeurs peuvent être mise en œuvre de manière objective : « On craint donc encore la subjectivité du juge – et il faut la craindre. Mais la question est de savoir, si, dans sa lecture du fondamental, il ne dit que ses propres valeurs ou au contraire celles que le droit objectif reflète déjà dans sa globalité et dans la particularité des questions concrètes qu’il pose au quotidien. Or, aujourd’hui, quand le juge use du langage des valeurs – comme il ne peut que le faire (“s’agissant d’une liberté fondamentale d’autant plus précieuse que”) –, il se réfère et doit se référer à celles que véhicule la réalité objective de cet ordre (“que son existence est l’une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés”). C’est sur ce point que la discussion doit toujours s’ouvrir, car elle est objectivement et rationnellement possible et juridiquement nécessaire – avec les limites que l’on doit accepter. Car, le droit ayant aussi besoin d’ordre, de sécurité et de formalité, il faut bien qu’une autorité tranche souverainement en dernière instance. Mais, au total, on ne saurait rejeter les valeurs hors du droit, car elles lui donnent son sens général ; et celui-ci permet de le mettre en œuvre, car, quand il faut juger, c’est par rapport à lui que doivent être confrontées les données multiples à considérer. Le fondamental, qui a mis en place cette hiérarchie normative, ne se dissout pas dans les normes au point qu’il ne soit plus capable de contribuer à déterminer leur contenu en même temps que leur structure hiérarchique : il se fonde en elles, mais pas au point de perdre son sens dans les formes qu’il s’était données pour prévaloir, pas au point que la lettre tue l’esprit. Le fondamental est entièrement fondateur des moyens qu’appelle sa mise en œuvre ».

²²³² F. Chénéde, « Le Droit à l’épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 178.

²²³³ *Ibid.* Sur la conciliation, v. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 82 et R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 44 et s. Dans une théorie désormais très célèbre, le professeur Ronald Dworkin démontra la distinction entre les « règles », dont la mise en œuvre répond à la logique du « tout ou rien » et les « principes » qui ne sont pas absolus et ont vocation à « se concilier » (R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 82 et 83). Reprenant cette logique, plusieurs auteurs considèrent que les droits fondamentaux entrent dans la catégorie des principes, ce qui explique la difficulté de leur mise en œuvre et de leur intégration aux catégories définies en amont, en particulier, le syllogisme, ainsi que les exigences de conciliation qu’ils entraînent (T. Marzal, « La Cour de cassation à “l’âge de la balance” », *art. préc.* ; E. Dubout, « L’efficacité structurelle... », *art. préc.*).

²²³⁴ D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 179, p. 50 : l’intérêt général comme fondement et comme limite des pouvoirs de l’administration.

²²³⁵ F. Chénéde, « Le Droit à l’épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 178, note de bas de page 173 : « Les droits de l’homme apparaissent ainsi tout à la fois comme l’horizon et le stade originel (c’est-à-dire le degré zéro) de la politique ».

²²³⁶ V. dans le même sens, V. Fourment, *thèse préc.*, n° 73, p. 77, parle du juge « érigé en coauteur de la loi ». Sur l’expression de la Cour de cassation comme « organe quasi-législatif », v. F. Rouvière, « La Cour de cassation doit-elle... », *art. cit.* ; D. Rousseau, « La lancinante question de la légitimité du juge », in *État du droit, état des droits – Mélanges en l’honneur du professeur Dominique Turpin*, Centre Michel de l’Hospital, 2017, p. 515 et s., spéc. p. 516 : « participation des magistrats à la volonté générale ».

de la loi, et l'intérêt général concret justifiant de l'appliquer au cas particulier²²³⁷. Ces pratiques sont rattachables aux deux grandes critiques classiquement adressées à la pratique du contrôle de proportionnalité : la crainte du gouvernement des juges (A) et les risques du jugement en équité (B), tous deux portant atteinte à la sécurité juridique. Ces deux dangers sont en réalité liés²²³⁸.

A. Le maniement de l'intérêt général et la crainte du « gouvernement des juges »

554. Bien qu'ancien et désormais bien ancré dans l'ordre juridique, le contrôle abstrait de la loi posait dès l'origine la question de ce que certains auteurs appellent le « gouvernement des juges »²²³⁹. Le phénomène s'accroît avec le contrôle *in concreto*²²⁴⁰. En effet, dans l'examen de la loi au regard des droits fondamentaux, le juge, qu'il soit judiciaire, européen ou constitutionnel, porte une appréciation sur l'intérêt général ayant conduit à l'édiction de la loi et sur l'équilibre des intérêts privilégié par le législateur. Ainsi, le contrôle de l'intérêt général au regard des droits fondamentaux pose de manière plus aiguë encore la sempiternelle question du rôle du juge face au législateur²²⁴¹, de l'augmentation de son pouvoir²²⁴², ainsi que des implications en termes de séparation des pouvoirs²²⁴³. Il s'agira donc de présenter la question du gouvernement des juges (1) afin de comprendre les enjeux soulevés par la nouvelle place du juge face à la loi dans son contrôle de l'intérêt général abstrait (2).

1. La question du « gouvernement des juges »

555. Origine de l'expression de « gouvernement des juges ». L'expression de « gouvernement des juges » vient des États-Unis²²⁴⁴. Elle apparaît plus particulièrement dans les écrits du juge Walter Clark qui, au début du XX^e siècle, l'utilisa « pour marquer [...] la prépondérance du judiciaire sur les deux autres branches de gouvernement »²²⁴⁵. En France, la

²²³⁷ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

²²³⁸ C. Albiges, *Rép. dr. civ.*, « Équité », oct. 2017, actu. janv. 2019, n° 31.

²²³⁹ V. déjà H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.13 et 4.14, p. 43 et 44.

²²⁴⁰ P.-Y. Gautier, « Du nouveau gouvernement des juges », *Mélanges en l'honneur de la professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021, p. 55 et s., n° 18 et s., p. 63 et s.

²²⁴¹ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 14 : « le contrôle de conventionnalité *in concreto* nous ramène en réalité à l'une des discussions les plus classiques de la philosophie juridique : la place respective de la loi et de la jurisprudence ».

²²⁴² F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications fac. univ. Saint-Louis, 2002, p. 99 : notamment à travers le rôle du juge dans la hiérarchie des normes. Cependant, les auteurs soulignent également des tempéraments dans cette montée du pouvoir du juge (p. 103 et s.) : la « multiplication » des juges, la distinction entre création du droit et le règlement de cas individuels et l'importance du législateur qui peut avoir le « dernier mot ».

²²⁴³ Sur ce point, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 258, p. 394.

²²⁴⁴ S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling, « D'un non-sujet vers un concept scientifique ? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Publications de la Sorbonne, Science Politique, 2001, p. 11 et s., spéc. p. 13.

²²⁴⁵ *Ibid.*

formule constitue le « fer de lance » de la « méfiance traditionnelle à l'égard des juges »²²⁴⁶, qu'il soit interne ou supranational²²⁴⁷. L'arrêt *Jacques Vabre*²²⁴⁸ fut ainsi l'occasion de virulentes critiques sur ce point²²⁴⁹ : on décela dans cette décision les prémises d'une audace digne du « gouvernement des juges »²²⁵⁰ qui s'enhardiraient à « combatt[re] la loi »²²⁵¹. Beaucoup des critiques actuelles du contrôle de proportionnalité *in concreto* sont en réalité les lointaines héritières des craintes suscitées par l'arrêt *Jacques Vabre*²²⁵².

556. Liens entre intérêt général et gouvernement des juges. La critique du gouvernement des juges en matière de droits fondamentaux est désormais classique²²⁵³. Est-il toutefois exact de dire que les juges, lorsqu'ils contrôlent la loi, « gouvernent » ? Selon le *Vocabulaire juridique*, le « gouvernant » est « par opposition aux simples agents et aux gouvernés, l'ensemble des représentants, dépositaires ou titulaires d'un pouvoir politique »²²⁵⁴ ; « gouverner » serait l'« activité consistant à diriger la société en assurant la création et la direction des services publics qui sont nécessaires à l'intérêt général et la police qui empêche les activités privées de s'exercer de façon contraire à cet intérêt général »²²⁵⁵. Le « gouvernement » entretient ainsi une relation étroite avec l'intérêt général. Le contrôle de l'intérêt général par le juge pourrait ainsi contribuer à aviver la critique.

²²⁴⁶ S. Brondel *et al.*, « D'un non-sujet... », *art. préc.*, spéc. p. 14. Sur les différents sens de l'expression, v. S. Brondel *et al.*, « D'un non-sujet... », *art. préc.* ; M. Troper et O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Publications de la Sorbonne, Science Politique, 2001, p. 21 et s.

²²⁴⁷ En particulier la Cour EDH : J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 67 et s. La première phrase de l'article est « La réponse est non, en effet. Mais j'aimerais pouvoir le démontrer ».

²²⁴⁸ Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, v. *supra*, n° 27.

²²⁴⁹ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.4, p. 37 : « à supposer même que l'article 55 soit compris comme affirmant de manière générale la supériorité du traité sur la loi, que celle-ci lui soit antérieure ou postérieure, la question reste entière de savoir si ce texte habilite ou non le juge judiciaire à assurer le respect de la hiérarchie des normes qu'il édicte » ; B. Beignier, J.-R. Binet et A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Cours », 8^e éd., 2022, n° 99 : l'arrêt fut considéré comme une prise de position « idéologique » davantage que « technique ».

²²⁵⁰ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.13 et 4.14, p. 43 et 44 ; J. Foyer et D. Holleaux, note sous Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *art. préc.*, spéc. p. 359.

²²⁵¹ P. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Deffrénois* 2005.1205.

²²⁵² Pour un exemple, F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 8, *même citation*.

²²⁵³ Pour quelques illustrations, v. A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... », *art. préc.* ; F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 7 : « usurpation de pouvoirs » de la part du juge, crainte du gouvernement des juges ; J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.* ; B. Louvel, « Discours de la rentrée solennelle de la Cour de cassation », 14 janv. 2016, site Internet C. cass., p. 6 et 7 ; H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle... », *art. préc.* La crainte existe également en droit public : X. Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

²²⁵⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Gouvernant », p. 498.

²²⁵⁵ *Ibid.*, v° « Gouverner », p. 498.

557. Les juges « gouvernement »-ils ? Cependant, au sens technique, « gouverner » se rattache davantage à une fonction exécutive²²⁵⁶ qu'à une fonction législative ; or c'est sur la compétence du législateur et non du pouvoir exécutif que l'on accuse le plus souvent le juge d'empiéter. La question devrait peut-être devenir : « les juges “légifèrent”-ils²²⁵⁷ ? » À la suite du professeur Denys de Béchillon, on peut considérer que le vocable de « gouvernement des juge » « obscurcit son objet au lieu de l'éclairer »²²⁵⁸. En effet, « elle déforme la “réalité” de ce que font les juges lorsqu'ils créent quelque chose qu'ils ne sont pas censés créer, et elle déforme le statut de cette “réalité” dans l'analyse qu'il est scientifiquement loisible de faire d'une telle création »²²⁵⁹. Tout d'abord, les juges ne choisissent pas les sujets qu'ils traitent, puisqu'ils sont dépendants du contentieux qui est porté devant eux : « gouverner, au sens le plus immédiat, c'est peut-être choisir de connaître ou de ne pas connaître une affaire » ; or « il y a là une prérogative dont nos magistrats ne disposent pas »²²⁶⁰. De plus, « le juge ne dispose pas (ou en tout cas pas complètement, ou pas souvent) d'une liberté d'action juridique comparable à celle d'un pouvoir exécutif soucieux de normer une situation, car il doit composer avec le “formatage” de l'affaire déposée devant lui »²²⁶¹. Enfin, si personne ne conteste le pouvoir « normatif » du juge, « qu'il soit interprétatif ou plus franchement “légiférant” »²²⁶², il lui appartient de donner au moins l'illusion d'une décision purement juridique : il doit « contribuer à l'indispensable préservation du mystère »²²⁶³ sans « afficher la part discrétionnaire de ses choix »²²⁶⁴ car « c'est très exactement ce qu'un juge ne peut jamais faire sans masque », ne serait-ce que pour préserver sa légitimité²²⁶⁵. Sans doute, le terme « gouverner » n'est pas adéquat. Cependant, si le juge ne gouverne pas, peut-être légifère-t-il un peu. Toutefois, le juge n'est pas législateur, comme il n'est pas gouvernant, en ce qu'il ne choisit pas les sujets qu'il

²²⁵⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Gouvernement », p. 498.

²²⁵⁷ Contra H. de Page, *À propos du gouvernement des juges – L'équité face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1931, p. 190 et 191 : « Est gouvernement, non seulement ce qui participe à la direction de l'État (point de vue formel), mais aussi tout ce qui exerce une influence quelconque sur les grands principes d'ordre, de justice, et de liberté qui sont à la base de nos conceptions humaines et de notre civilisation. [...] En assurant, au-delà et au-dessus des lois, le respect de ces principes fondamentaux qui imprègnent toute notre histoire et font notre physionomie morale, les juges gouvernent dans le plein sens du mot ».

²²⁵⁸ D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002.973, spéc. p. 973.

²²⁵⁹ *Ibid.*

²²⁶⁰ *Ibid.*, spéc. p. 974.

²²⁶¹ *Ibid.*

²²⁶² *Ibid.*, spéc. p. 975 ; v. aussi F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 7 : « il n'est jamais reproché au juge de “gouverner” lorsqu'il se contente de remplir son office prétorien ».

²²⁶³ D. de Béchillon, « Le gouvernement... », *art. préc.*, spéc. p. 976.

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ *Ibid.*

aborde, et ne crée pas de mécanisme nouveau ; tout au plus peut-il corriger le travail du législateur²²⁶⁶.

2. Les enjeux de la nouvelle place du juge face à la loi à travers le contrôle de l'intérêt général

558. Le juge gouverne-t-il lorsqu'il examine les motifs de la loi ? Si le juge n'exerce pas strictement un acte de « gouvernement », il s'agit sans doute d'une participation inédite à l'élaboration de la loi. Elle se trouve, après son édicition par les organes démocratiques, soumise à un contrôle nouveau. L'examen de l'intérêt général par le juge est en effet symptomatique de l'intrusion du juge dans un domaine qui paraît traditionnellement strictement réservé au législateur.

559. Légitimité du juge et contrôle de l'intérêt général. Cette nouvelle pratique pose la question de la légitimité du juge à opérer un tel contrôle²²⁶⁷ : en effet « aucune explication pleinement satisfaisante n'a pu être fournie sur ce pouvoir des juges »²²⁶⁸. Car si les juges ne *gouvernent* pas à proprement parler, ils dépassent sans doute leur rôle institutionnel en choisissant, après qualification, au cas par cas, de ne pas appliquer la loi et en opérant un contrôle systématique de celle-ci²²⁶⁹. La légitimité du juge pour la pratique d'un tel contrôle est âprement débattue²²⁷⁰. Le législateur se trouve en quelque sorte « sous la surveillance du

²²⁶⁶ V. sur ces remarques au sujet du terme de « gouvernement » des juges D. de Béchillon, « Le gouvernement... », *art. préc.*, spéc. p. 975.

²²⁶⁷ C. Roulhac, « Le contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* : « Il n'en est pas moins acquis que, comme tel est le cas devant les autres prétoires, les niveaux de précision et de protection vont de pair : la balance des intérêts est d'autant plus performante et utile qu'elle est étendue. Mais il est aussi admis qu'un examen si approfondi expose les juges à une mise en cause de leur légitimité, en ce qu'il peut conduire surtout à écarter une loi par une décision reposant sur un équilibre fragile ». V. aussi A. Lassalle, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *RDLF* 2018.18 : « En effet, la critique principale, faite tant au contrôle *in concreto* qu'aux jugements en équité, est que le juge se placerait au-dessus de la loi en se donnant à lui-même un titre pour écarter, dans certaines circonstances particulières, l'application de cette dernière. Avec cette nouvelle modalité de contrôle de conventionnalité, les juges sont, comme à la veille de la Révolution, accusés d'activisme, de subjectivisme et de défiance envers la loi voire d'arbitraire. La crainte dominante est qu'ils mettent en péril le principe d'égalité devant la loi ainsi que la prévisibilité du droit c'est-à-dire la sécurité juridique, comme lorsque les Parlements de l'Ancien Régime jugeaient au nom de l'équité ». V. encore F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 179 : « Comment pourrait-on accepter l'idée qu'un juge puisse revenir sur les arbitrages d'ores et déjà opérés par les élus du peuple ? Comment fonder la légitimité d'un contrôle des lois au nom des libertés que le législateur a déjà dû concilier, on seulement entre elles, mais également avec l'intérêt commun ? ».

²²⁶⁸ E. Dubout, « La procéduralisation des droits », *art. préc.*, n° 108, 2015, p. 265 et s., spéc. p. 269.

²²⁶⁹ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 48 : « Cette situation n'est probablement que l'une des expressions d'un phénomène plus général qui voit la montée en puissance du juge et une crise de légitimité du législateur. [...] C'est dans cette crise de la démocratie que le juge apparaît alors comme l'autorité la plus à apte à se substituer à un législateur faible ou défaillant pour exprimer l'intérêt général. [...] La figure d'un juge, grand prêtre et régulateur suprême de la vie sociale peut aussi être inquiétante ». Malgré la souplesse que cela peut apporter à la règle : H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle... », *art. préc.*

²²⁷⁰ H. de Page, *À propos du gouvernement des juges...*, *op. cit.*, p. 195 : « les juges défendent les intérêts individuels contre l'omnipotence d'un législateur qui peut, un jour, ne plus savoir la notion exacte de ses devoirs. Ils tempèrent les lois par les mœurs ». V. aussi J. Bonnet, « La politique de rupture de la Cour de cassation », *JCP G* 2019.903 ; v. B. Louvel, « La justice n'est pas une administration comme les autres », *Gaz. Pal.*, 17 juill.

juge »²²⁷¹, qui se met en position de « revenir sur les arbitrages d'ores et déjà opérés par les élus du peuple »²²⁷². Le juge n'étant pas paré de la légitimité démocratique²²⁷³, il n'apparaît pas naturel qu'il évalue les motifs et les objectifs de la règle générale : il « n'est pas un représentant du Peuple »²²⁷⁴.

560. Séparation des pouvoirs et intérêt général. Cette situation porte-t-elle atteinte à la séparation des pouvoirs²²⁷⁵ ? Le fait que le juge s'attelle au contrôle de la loi fait craindre en effet un empiétement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif²²⁷⁶. Le contrôle de

2018, n° 329, p. 9 et s., qui revendique le pouvoir constitutionnel du juge judiciaire. V. encore H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle... », *art. préc.* ; B. Louvel, « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », *Les cahiers de Portalis*, 2016/1, n° 3, p. 11 et s., n° 17 : le juge doit être « l'interprète du droit voulu par le sens commun ». *Contra* F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 10 : « Le juge comme interprète du sens social commun. Le juge comme bouche, non pas de la loi, mais du Peuple ! Audacieuse, la thèse mériterait d'être étayée : il conviendrait d'expliquer sur quoi pourrait reposer cette prétention du juge à exprimer la volonté de ses concitoyens mieux que ne le font leurs représentants élus. Sans réponse à cette question, on nous permettra de demeurer pour le moins circonspect face à cette représentation originale de la fonction judiciaire. En tout cas, celle-ci révèle, s'il en était encore besoin, la réalité et l'ampleur de la réforme envisagée : loin d'un simple aménagement de l'organisation judiciaire, cette réforme entraînerait un véritable bouleversement de notre système politique, le juge s'octroyant la primauté sur le législateur, et ce, au nom du Peuple dont il s'autoproclamerait le porte-voix. Il nous semble qu'une telle révolution des pouvoirs mériterait d'être discutée devant ce que l'on pensait être la seule "représentation nationale" : le Parlement ».

²²⁷¹ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 2.

²²⁷² F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 21, p. 179 ; B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 47 : « les tribunaux sont des redresseurs de torts et non de lois car la mission de faire les lois est politique et relève d'un autre pouvoir [...] [le contrôle des] impérieux motifs d'intérêt général conduit à la Cour de cassation à aller trop loin, beaucoup trop loin, sur un terrain qui n'est pas le [sien mais] celui du législateur [ce qui] donne au juge un pouvoir inhabituel et exorbitant ».

²²⁷³ Sur la différence entre légitimité politique et légitimité juridique, v. F. Rouvière, « La Cour de cassation doit-elle avouer... », *art. préc.*, spéc. p. 528 : « Donner une réponse juridique à un problème politique ou éthique ne signifie pas que cette question est définitivement tranchée mais seulement que le litige entre les parties a trouvé une issue rétablissant la paix sociale ». Sur la différence entre interprétation politique et interprétation juridique, v. F. Rouvière, « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD civ.* 2022.504.

²²⁷⁴ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 44.

²²⁷⁵ Nous ne détaillerons pas ici les différentes approches de la séparation des pouvoirs. Pour une approche synthétique de la question dans le contexte des droits de l'homme, v. F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 7, p. 148 : explique l'approche « distributive » par opposition à la vision « séparatiste » de la séparation des pouvoirs.

²²⁷⁶ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 48 : « Cette logique pose un véritable problème en termes de séparation des pouvoirs. [...] Derrière cette analyse se profile un conflit de compétence entre le législateur et le juge s'agissant de de l'adaptation du droit à la société. Le juge emprunte alors les habits du législateur dont il se fait parfois le censeur pointilleux. La réalité du pouvoir appartient alors en fait à celui qui a le dernier mot, en l'espèce c'est le juge ». Kelsen le craignait déjà en cas de contrôle de constitutionnalité : « On pourrait interpréter les dispositions de la Constitution qui invitent le législateur à se conformer à la justice, à l'équité, à la légalité, à l'égalité, à la liberté, à la moralité, etc., comme des directions relatives au contenu des lois. À tort évidemment, car il n'en serait ainsi que si elle fixait une direction précise, si elle indiquait elle-même un critérium objectif quelconque. Cependant la limite entre ces dispositions et les dispositions traditionnelles sur le contenu des lois que l'on trouve dans les Déclarations de droits individuels s'effacera facilement, et il n'est dès lors pas impossible qu'un tribunal constitutionnel appelé à décider de la constitutionnalité d'une loi l'annule pour le motif qu'elle est injuste, la justice étant un principe constitutionnel qu'il doit par conséquent appliquer. Mais la puissance du tribunal serait alors telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable. La conception de la justice de la majorité des juges de ce tribunal pourrait être en opposition complète avec celle de la majorité de la population et le serait évidemment avec celle de la majorité de Parlement qui a voté la loi » (H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », *art. préc.*, spéc. p. 241 ; v. aussi p. 225 : « un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. On pourrait donc

l'intérêt général par le juge pose ainsi de véritables questions quant à la séparation des pouvoirs, le juge se trouvant en situation de contrôler le travail législatif. Cette mise en garde avait été émise dès l'arrêt *Jacques Vabre*²²⁷⁷ : « Reconnaître au juge le pouvoir d'écarter l'application d'une loi au motif qu'elle est contraire à un traité, c'est en effet soumettre le législatif au contrôle du judiciaire contrairement à notre tradition de séparation des pouvoirs. Enfin, s'il est vrai que la Constitution de 1958 n'adhère plus au dogme du caractère sacré de la loi, c'est au Conseil constitutionnel, et à lui seul, qu'elle a conféré le pouvoir de contrôler la validité de celle-ci. Dès lors, il semblerait que les tribunaux ne puissent exercer sur la loi contraire au traité un contrôle de conventionnalité qui s'apparente d'assez près à un contrôle de constitutionnalité des lois »²²⁷⁸. Ainsi, bien qu'elle soit dans son principe moins discutée aujourd'hui²²⁷⁹, cette solution apparaissait à l'époque « [contraire] à [la] tradition de séparation des pouvoirs »²²⁸⁰. Cette entorse à l'« interdi[ction] » faite « aux tribunaux de faire obstacle à l'application des lois »²²⁸¹ achevait de remettre en cause la place primordiale de celles-ci²²⁸², par la « [soumission du] législatif au contrôle du judiciaire »²²⁸³. En effet, s'il n'était pas contesté que l'article 55 imposait la primauté du traité sur la loi, il ne donnait pas explicitement compétence au juge pour s'en assurer²²⁸⁴ : « force est de constater que si la lettre de l'article 55 n'interdit pas cette

interpréter l'annulation des lois par un tribunal aussi bien comme une répartition du pouvoir législatif entre deux organes que comme un empiétement sur le pouvoir législatif », v. aussi F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, p. 175 et 176). Kelsen considérait même que ce genre de principe – notions floues, droits indéterminés, tels que la liberté, la dignité ou encore l'équité – ne devaient pas apparaître dans la Constitution afin d'éviter tout risque : H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle... », *art. préc.*, spéc. p. 241 ; v. F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, p. 175 et 176.

²²⁷⁷ V. *supra*, n° 27.

²²⁷⁸ Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, v. H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4, p. 38. Il convient toutefois de nuancer : l'appréciation dépend en effet du juge considéré. Sur ce point, l'attitude du Conseil constitutionnel peut apparaître plus naturelle dans sa fonction d'abrogation des lois en ce qu'il peut être considéré comme une sorte de prolongement du législateur : H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle... », *art. préc.*, spéc. p. 225 : « un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. On pourrait donc interpréter l'annulation des lois par un tribunal aussi bien comme une répartition du pouvoir législatif entre deux organes que comme un empiétement sur le pouvoir législatif ». V. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 357, p. 354, sur le Conseil constitutionnel comme « législateur négatif ».

²²⁷⁹ M. Afroukh, « De la négation du contrôle de conventionnalité à la rocambolesque tentative d'escamoter ce déni », *Gaz. Pal.*, n° 316, 20 mars 2018, p. 18 : l'auteur estime que l'arrêt *Jacques Vabre* revient simplement à « tirer toutes les conséquences » de l'article 55 de la Constitution.

²²⁸⁰ H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 4.4, p. 38.

²²⁸¹ *Ibid.*

²²⁸² *Ibid.*

²²⁸³ *Ibid.*

²²⁸⁴ *Ibid.*, n° 4.9, p. 37 ; H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8^e éd., 1993, n° 41, p. 70 ; P. Lagarde, « La condition de réciprocité dans l'appréciation des traités internationaux : son appréciation par le juge interne », *Rev. crit. DIP* 1975.27, n° 7 et 8, p. 31.

double extension, elle ne la commande pas davantage »²²⁸⁵. Sa mise en œuvre aurait pu par exemple se régler sur le fondement de la responsabilité internationale de l'État²²⁸⁶.

561. Le retour des arrêts de règlement par le contrôle de l'intérêt général. Faut-il y voir une remise en cause de l'interdiction des arrêts de règlement²²⁸⁷, sous l'influence de la Cour européenne²²⁸⁸ ? Le contrôle de la loi par les droits fondamentaux, qui conduit le juge à se prononcer sur la loi, pourrait remettre en cause l'interdiction pour le juge, portée par l'article 5 du code civil, de poser des règles générales²²⁸⁹, en vertu de la séparation des pouvoirs²²⁹⁰. Le risque concerne davantage le contrôle *in abstracto* que le contrôle *in concreto* : écarter la loi dans un litige en raison de son incompatibilité abstraite avec les droits fondamentaux revient en quelque sorte à statuer de manière générale, sans se limiter au cas particulier.

562. Le dilemme du juge face au contrôle de l'intérêt général. En réalité, tout se passe comme si le juge était soumis à deux injonctions contradictoires : « si le juge ne contrôle pas la loi au regard des exigences constitutionnelles (en l'espèce, veiller à la prévalence du droit international), il viole la Constitution, mais il la viole, peut-être plus encore, s'il se substitue au législateur »²²⁹¹. Ainsi, dans le contrôle de l'intérêt général, « le juge est [...] confronté à un conflit de devoirs »²²⁹². Soumis à « deux logiques contradictoires qui ne peuvent aboutir à une solution de compromis »²²⁹³, le juge se trouve en quelque sorte pris entre deux feux.

B. La mise en œuvre de l'intérêt général et la crainte du jugement en équité

563. La mise en œuvre du contrôle de la loi par les droits fondamentaux au moyen du contrôle de proportionnalité ressemble, par de nombreux aspects, au jugement en équité (1). Ce

²²⁸⁵ P. Lagarde, « La condition de réciprocité... », *art. préc.*, n° 7, p. 31.

²²⁸⁶ H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 41, p. 70. Sur la satisfaction équitable devant la Cour EDH, v. *infra*, n° 904.

²²⁸⁷ V. par ex. P. Deumier, « Le mode d'emploi conforme et le pouvoir du juge », *RTD civ.* 2021.83 ; P.-Y. Gautier, « Du nouveau gouvernement des juges », *art. préc.*, spéc. p. 61 et s. V. aussi, bien que dans une perspective peu axée sur les droits fondamentaux, O. Tournafond, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547 et s.

²²⁸⁸ F. Rouvière, « Le nouveau gouvernement des juges », *art. préc.* : « 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 ».

²²⁸⁹ Sur la définition de l'arrêt de règlement, v. P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 350 et s., p. 446 et s.

²²⁹⁰ A. Marais, *Introduction au droit, op. cit.*, n° 158, p. 143.

²²⁹¹ B. Mathieu, « Les rôles du juge... », *art. préc.*, spéc. p. 44.

²²⁹² *Ibid.*

²²⁹³ *Ibid.*, spéc. p. 45.

rapprochement entre les deux notions semble octroyer désormais au juge une forme de pouvoir modérateur général sur le fondement des droits fondamentaux (2).

1. Le rapprochement entre équité et proportionnalité

564. La crainte du jugement en équité par la justification au cas par cas de la pertinence de l'application de la loi. Le contrôle de l'intérêt général au cas par cas fait également craindre le retour du jugement en équité, redouté en raison du pouvoir qu'il laisse au juge. L'équité a en effet des points communs avec la logique de la proportionnalité ; ces deux mécanismes apparaissent de nature à déstabiliser l'intérêt général porté par la loi.

565. Pesée de l'intérêt général de la loi et jugement en équité. Cette prise en compte accrue de l'intérêt particulier et de la conciliation des intérêts n'annonce-t-elle pas un retour au jugement en équité où le juge substitue sa vision à la règle de droit²²⁹⁴ ? Présente-t-elle un risque d'accroissement de l'« arbitraire du juge »²²⁹⁵ ? La question mérite d'être posée car l'équité, comme le contrôle de proportionnalité, « peuvent, tous deux, conduire le juge à écarter l'application de la loi dans un cas particulier »²²⁹⁶. L'équité n'a pas bonne presse dans la doctrine juridique : elle est perçue comme un perturbateur de la loi, une anomalie, un abus de pouvoir de la part du juge : « l'équité s'oppose ainsi au droit comme l'imperfection s'oppose à la perfection, l'incohérence à l'ordre »²²⁹⁷. Il ne faut toutefois pas identifier absolument équité et proportionnalité : l'équité renvoie à la « finalité », la proportionnalité à la « méthode »²²⁹⁸. Les deux phénomènes, sans être identiques, entraînent des conséquences communes. En effectuant sa propre balance des intérêts, à travers la recherche de l'intérêt général, le juge

²²⁹⁴ La question est posée par de nombreux auteurs qui s'y intéressent, depuis son apparition et elle est encore d'actualité : F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 1 : « En permettant au juge d'écarter la loi, non plus seulement de manière générale, au profit de tous les justiciables, mais également ponctuellement, au cas par cas, dès lors que son application lui semble porter une atteinte excessive aux droits et libertés d'une partie au litige, la Cour de cassation – suivie par le Conseil d'État – a semblé ressusciter une figure judiciaire que l'on pensait reléguée au fond des âges, voire au rang des mythes : le jugement en équité » ; S. Le Gac-Pech, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *art. préc.*, spéc. p. 49 ; A. Sériaux, « Quand proportionnalité rime avec équité », *art. préc.*, n° 4, p. 2074 ; H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016.1472 ; P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.* ; X. Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.* ; L. Cadiet, « Introduction », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 10 et s., spéc. p. 13 ; D. de Béchillon, « Observations sur la motivation des arrêts contrôle de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 29.

²²⁹⁵ V. not. A. Debet, *thèse préc.*, n° 258, p. 277.

²²⁹⁶ A. Lassalle, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.*, l'auteur écrit également qu'« en dépit des divergences exposées plus avant, il apparaît, à la lecture des discours doctrinaux et juridictionnels, qu'un incontestable lien se noue entre l'équité et le contrôle *in concreto*. Cependant, il s'agit d'un rapport de corrélation plutôt que d'identité entre ces deux éléments qui ne jouent pas sur le même plan, l'un constituant la finalité (l'équité) et l'autre la méthode (contrôle concret) ». Ce dernier ne serait donc qu'un des « supports » de l'équité du juge.

²²⁹⁷ H. de Page, *À propos du gouvernement des juges*, *op. cit.*, p. 19.

²²⁹⁸ A. Lassalle, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.*

substitue son appréciation à celle du législateur. Non qu'il faille dénier au juge tout rôle de jugement au cas par cas, le cas particulier étant l'office même du juge²²⁹⁹ : dans une certaine mesure, l'équité est en effet souhaitable en tant que « correctif » nécessaire de la loi²³⁰⁰, lorsqu'elle intervient « *secundum* ou *praeter legem* »²³⁰¹, c'est-à-dire pour compenser les insuffisances de la loi. Toutefois, l'équité ne devrait pas permettre de statuer différemment de ce que la loi établit lorsqu'elle pose la solution sans ambiguïté : « il ne s'agit donc pas d'écarter la loi dans un cas qui rejoint celui envisagé par le législateur, mais de prolonger son œuvre en présence d'un cas distinct, pour lequel l'application littérale de la loi apparaîtrait inadaptée »²³⁰². Il convient ainsi de distinguer le jugement « d'équité » du jugement « en équité »²³⁰³ ; « l'équité-jurisprudence » de l'« équité-bienveillance »²³⁰⁴. Ce n'est pas parce qu'une décision n'est pas « fondée » sur la stricte application de la loi, qu'elle n'est pas motivée par « du droit »²³⁰⁵. Il convient par conséquent de ne pas mettre toutes les situations de « cas par cas » et de proportionnalité sur le même plan²³⁰⁶ : contrôler les mesures, sanctions et prérogatives individuelles » ne revient pas à examiner la loi elle-même²³⁰⁷. La première situation permet de compléter la loi²³⁰⁸. Il s'agit d'un « équilibre des intérêts »²³⁰⁹ qui relève de la compétence habituelle du juge²³¹⁰. La nouveauté se situe aujourd'hui dans le contrôle qui s'effectue « à l'encontre de la loi »²³¹¹ et qui, par l'examen de l'intérêt général, peut mener le juge à statuer « *contra legem* »²³¹² : « Cette distinction est parfaitement exprimée par deux adages, qui ne sont nullement contradictoires : *summum jus, summa injuria*, d'un côté ; *dura*

²²⁹⁹ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 2 : l'auteur se réfère à Aristote et Portalis et trouve en ce sens une vertu et même une nécessité à l'équité en tant que rôle du juge d'adapter la règle qui « ne peut pas tout prévoir » au cas particulier.

²³⁰⁰ *Ibid.*, n° 4.

²³⁰¹ *Ibid.*

²³⁰² *Ibid.*

²³⁰³ F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 6.

²³⁰⁴ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 4 : « Telle est bien aujourd'hui la réalité du contrôle de conventionnalité *in concreto*. En permettant aux juges du fond d'écarter la loi lorsque son application leur apparaît trop dure pour l'une des parties (comme portant une atteinte disproportionnée à ses droits et libertés), la Cour de cassation les a effectivement mis en position, non plus de juger, mais d'arbitrer, comme si les colitigants leur avaient conféré la mission de statuer en "amiable compositeur". La difficulté est que ce qui est admissible, ponctuellement, avec l'accord des parties, ne peut être érigé en méthode ordinaire de jugement sans ruiner la prévisibilité du droit et l'égalité des justiciables ».

²³⁰⁵ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 585 : « une décision peut ne pas être fondée sur la loi, et néanmoins être fondée sur du droit, puisé à une autre source, en l'occurrence supérieure à la loi, celle de la Convention ».

²³⁰⁶ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *préc.*, env. 1:53:29.

²³⁰⁷ *Ibid.*, env. 1:53:53 et env. 1:56:10 : l'auteur donne l'exemple de l'abus de droit.

²³⁰⁸ F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 3 ; F. Génay, *Méthode d'interprétation...*, t. II, *op. cit.*, n° 174, p. 173.

²³⁰⁹ F. Génay, *Méthode d'interprétation...*, t. II, *op. cit.*, n° 174, p. 173.

²³¹⁰ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 1:56:43.

²³¹¹ *Ibid.*, env. 1:57:30.

²³¹² F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 3.

lex, sed lex, de l'autre. Si le contrôle de la mise en œuvre des droits est l'application du premier, le contrôle de l'application de la loi est la violation du second »²³¹³.

566. Des effets différents selon le type de lois considéré. L'une des plus grandes craintes suscitées par l'équité au sens de jugement au cas par cas est l'atteinte à la sécurité juridique²³¹⁴ ainsi qu'à l'égalité devant la loi²³¹⁵. Cette crainte est tout à fait identifiée par la Cour de cassation, en particulier dans le contexte de la mise en œuvre des droits fondamentaux²³¹⁶. C'est en raison de la « subjectivité » de l'équité²³¹⁷ qu'elle provoque des craintes chez les auteurs. Elle fonde sans doute le refus de la deuxième chambre civile d'effectuer un contrôle *in concreto* des droits de procédure²³¹⁸. Le professeur François Chénéde y voit une résurgence de la distinction entre les « lois de conclusion », qui concernent davantage les principes et peuvent faire l'objet d'un contrôle *in concreto*, et les « lois de détermination » pour lesquelles ce contrôle devrait être empêché, car il s'agit des lois qui fixent les peines et les délais, distinction qui expliquerait la pratique de la deuxième chambre civile²³¹⁹. L'application des lois de détermination relève autant de l'intérêt général que le mécanisme qu'elles prescrivent. Par conséquent, le fait de les écarter au cas par cas est en soi une atteinte à l'intérêt général, ne serait-ce que par l'insécurité juridique que cela génère.

²³¹³ F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 3.

²³¹⁴ C. Jamin, « Juges : le retour des déformations morbides ? », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 41 et s., spéc. p. 44 : l'auteur parle de « chaos », de « désordre » et la « difficulté d'anticiper les solutions » ; F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 3 : « la méthode s'épuise au profit de la seule appréciation morale des intérêts en présence, appréciation qui est précisément la cause de l'imprévisibilité et de l'inégalité redoutées ». Nous ne citons que ces références mais l'inquiétude semble partagée par tous les auteurs qui ont tenté de déceler les limites de cette méthode : L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* Pour le lien entre équité et sécurité juridique, v. J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable en droit de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Van der Elst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99 et s., spéc. p. 106 : « L'équité. Elle se sent, elle ne se définit pas. Le jugement d'équité n'ambitionne pas de passer en jurisprudence, de fonder une règle de droit qui entrerait en concurrence avec la règle légale. Il se contente d'écarter celle-ci sur un point et pour une espèce, sans tirer à conséquence, parce qu'observer la loi, en cette rencontre serait un plus grand mal que de l'ignorer. Justice du cas, dit-on quelquefois : justice imprévisible ».

²³¹⁵ F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 5.

²³¹⁶ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, op. cit.*, p. 5 : « Dans l'hypothèse considérée, la norme elle-même n'est pas en cause, mais c'est son application à une situation particulière qui fait naître un conflit au regard des droits et principes conventionnels. Or, si le juge refuse d'appliquer une norme interne parce que cette application porterait une atteinte excessive à des droits fondamentaux, il répond peut-être à l'impératif de protection de la partie qui en est titulaire, mais il risque de porter un coup sérieux à d'autres principes fondamentaux, ceux de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit ».

²³¹⁷ C. Abliges, *L'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 329, 2000, n° 139, p. 79.

²³¹⁸ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 17 ; *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, op. cit.*, p. 7 et 8 ; v. aussi A. Martinel, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 64 ; F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 7.

²³¹⁹ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 8.

2. Une nouvelle forme de pouvoir modérateur pour le juge ?

567. Le contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux ressemble en tout point à une mise en œuvre générale du pouvoir modérateur du juge²³²⁰, fondé sur l'équité²³²¹. L'une des principales différences avec le pouvoir modérateur telle qu'il est classiquement entendu réside justement dans l'étendue de son exercice : traditionnellement le pouvoir modérateur concernait certains mécanismes précisément désignés et le plus souvent prévus par le législateur lui-même.

568. Le caractère quasi-systématique de la référence textuelle. La majorité des textes qui donnent au juge un pouvoir modérateur le prévoient²³²². En matière de clause pénale, il était énoncé par l'article 1152 du code civil avant la réforme de 2016, et désormais à l'article 1231-5²³²³. De même, la faculté d'assouplissement, par l'article 1579, des règles d'évaluation des patrimoines dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts, prévue aux articles 1571 et 1574 du code civil, est expressément envisagée par le texte : « Si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571 et 1574 ci-dessus devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux ». Encore, l'ancien article 280-1 du code civil, quant à l'octroi d'une prestation compensatoire malgré le prononcé du divorce aux torts exclusifs de son bénéficiaire, faisait explicitement référence à l'équité : « il peut obtenir une indemnité à titre exceptionnel, si, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre époux, il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire à la suite du divorce ». Si le pouvoir modérateur est souvent exercé « *secundum legem* », en vertu d'une « habilitation » de la loi²³²⁴, la prévision textuelle n'est pas

²³²⁰ D. Fenouillet, « Le modèle du droit privé français », *art. préc.*, n° 28.

²³²¹ C. Brunet, *thèse préc.*, p. 5 et 6.

²³²² D. Fenouillet, « Le modèle du droit privé français », *art. préc.*, n° 35. V. toutefois C. Brunet, *thèse préc.*, p. 214 et s. : évoque le pouvoir modérateur « d'origine prétorienne », en particulier en droit de la responsabilité civile (p. 215 et s.) mais aussi dans « l'allégement » de certaines obligations, notamment en matière de prix de cession des offices ministériels ou certaines réductions d'honoraires (p. 236 et s.). V. aussi F. Lafay, *thèse préc.*, n° 873 et s., p. 405 et s. : l'auteur considère notamment que l'appréciation souveraine des juges du fond en est une illustration (n° 875 et s., p. 407 et s.). J. Fischer évoque quant à lui le pouvoir modérateur du juge en cas « d'excès dans l'usage d'un droit » (clause résolutoire, troubles anormaux du voisinage et abus de droit : *thèse préc.*, n° 214 et s.). Il semble cependant que ces exemples montrent une liberté d'appréciation du juge plus qu'une modération d'un texte clair et précis qui le prévoit (D. Fenouillet, « Le modèle du droit privé français », *art. préc.*, n° 35 : « le pouvoir modérateur du juge, ce pouvoir que la doctrine a théorisé comme étant celui que la loi civile confère explicitement dans certains cas au juge, qu'elle habilite expressément à écarter la règle de principe qu'elle consacre, et ce par exception, lorsque l'application de cette règle serait inéquitable en l'espèce, eu égard à la particularité du cas »).

²³²³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil...*, *op. cit.*, n° 894, p. 1004. Pour des développements antérieurs à la réforme de 2016, v. J. Fischer, *thèse préc.*, n° 201 et s., p. 194 et s.

²³²⁴ C. Brunet, *thèse préc.*, p. 314.

automatique, puisque le pouvoir modérateur peut également être d'origine prétorienne²³²⁵. Toujours est-il qu'il était jusqu'à présent réservé à des mécanismes précis et délimités. La référence textuelle n'apparaît donc pas comme un critère de différenciation pertinent.

569. Un mécanisme distinct. Avant l'intervention des droits fondamentaux, il n'existait pas en droit français de pouvoir modérateur « général »²³²⁶, tout comme le fondement n'existe pas dans le code civil²³²⁷ : il fallait nécessairement une intervention législative spécifique en ce sens²³²⁸. À l'inverse, la possibilité de contrôler les lois au regard des droits fondamentaux apparaît générale.

570. Le mode de contrôle de la règle. Le pouvoir modérateur se rapproche du pouvoir de contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux par le mode de contrôle : il s'agit du constat par le juge du caractère manifestement excessif des effets de l'application de la loi²³²⁹. La « disproportion » doit être « particulièrement lourde » et « dépasser un certain seuil »²³³⁰, apprécié *in concreto*²³³¹.

571. La théorie de la « clause de fundamentalité ». Ce pouvoir modérateur général que le contrôle de la loi au moyen des droits fondamentaux confère au juge fait écho à la théorie dite de la « clause de sauvegarde »²³³², « de réserve »²³³³, à la fois « générale et implicite » sur la base de « la fundamentalité »²³³⁴ : tout se passe comme si les règles, ainsi que les situations de droit stables et acquises, devenaient attaquables en justice. En effet, « la loi n'est plus considérée comme un outil pour trancher le litige », elle « devient elle-même un élément du litige »²³³⁵, y compris lorsqu'elle est claire, précise ou même d'ordre public²³³⁶. Dans ce

²³²⁵ C. Brunet, *thèse préc.*, p. 214 et s.

²³²⁶ *Ibid.*, p. 451 et s.

²³²⁷ *Ibid.*, p. 456 et s.

²³²⁸ *Ibid.*, p. 462.

²³²⁹ *Ibid.*, p. 317.

²³³⁰ *Ibid.*

²³³¹ *Ibid.*, p. 318.

²³³² X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. préc.*, notamment à la fin : « la loi est désormais assortie d'une sorte de clause de sauvegarde ou de clause de réserve en faveur de la CEDH » ; E. Picard, « L'émergence... », *AJDA* 1998.6. À mettre en lien également avec l'interprétation, dans une approche plus critique de M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 239 : « Le droit ne peut cependant, sans contradiction et donc sans déperir, tout à la fois interdire une chose et approuver qu'on transgresse cette interdit ».

²³³³ X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. préc.*

²³³⁴ E. Picard, « L'émergence... », *art. préc.* ; v. aussi F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 2, p. 37 : « soutenir que toute décision de justice est une ingérence reviendrait ni plus ni moins à rendre l'application de la loi subsidiaire au profit d'une interrogation primordiale sur l'équilibre des intérêts en présence au regard des faits ». V. Fourment, *thèse préc.*, n° 71, p. 75 et 76 : présente la proportionnalité comme une nouvelle condition d'application de la loi. Sur le contrôle de « fundamentalité », v. J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel... », *art. préc.*

²³³⁵ F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *art. préc.*, spéc. p. 525.

²³³⁶ F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, note de bas de page n° 6.

contexte, « les valeurs et les finalités importent plus que la lettre des textes »²³³⁷. Certains s'inquiètent donc de ce qu'« il suffit de brandir un droit fondamental pour provoquer une discussion sur la légitimité de la règle de droit et espérer convaincre le juge de l'opportunité de son éviction »²³³⁸ ; tout se passe comme si la loi subissait « un contrôle [d']applicabilité [...] au cas d'espèce »²³³⁹ et que la proportionnalité devenait une condition supplémentaire de l'application de la loi²³⁴⁰. D'autres se félicitent de la « clause générale de flexibilité » que ce système permet à la règle et qui serait de nature à « sauver le système français »²³⁴¹.

572. Conclusion de la section. Le contrôle de l'intérêt général par le juge est donc de nature à modifier les rapports entre le juge et le législateur : le premier se trouve en effet en position d'apprécier les choix effectués par le second. Mis à l'honneur dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, il semble désormais le premier dépositaire de la marge nationale d'appréciation. Le contrôle de l'intérêt général fait de lui un arbitre des intérêts, qui dépasse son rôle traditionnel de mise en œuvre et d'interprétation de la loi. Cette situation semble lui octroyer une sorte de « pouvoir modérateur général » qui fait craindre les dangers du gouvernement des juges et du jugement en équité.

573. Équité, gouvernement des juges, arrêts de règlement, atteinte à la séparation des pouvoirs, violation du principe d'égalité... Tout se passe comme si le contrôle de l'intérêt général ranimait tous les pires cauchemars du juriste de droit continental. En outre, le contrôle de l'intérêt général, en particulier lorsqu'il est concret, est de nature à obscurcir la distinction entre le fait et le droit dans la décision de justice. Ceci n'est pas sans conséquence dans les rapports entre la Cour de cassation et les juges du fond : contrainte de se pencher davantage sur les faits pour contrôler la balance des intérêts, la Cour de cassation se trouve ici encore prise dans un dilemme entre les exigences de la Cour européenne et le respect de son propre office.

SECTION 2 : L'INFLUENCE SUR LE RAPPORT ENTRE LA COUR DE CASSATION ET LES JUGES DU FOND

574. L'introduction du contrôle de conventionnalité, *in abstracto* d'abord, *in concreto* plus récemment, intègre l'intérêt général dans le raisonnement de la Cour de cassation. Ce phénomène tend non seulement à modifier les relations entre le législateur et le

²³³⁷ F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *art. préc.*, spéc. p. 525.

²³³⁸ P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 73.

²³³⁹ J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.*, spéc. p. 843.

²³⁴⁰ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 71 et 73, p. 75 à 77.

²³⁴¹ H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 252.

juge, mais également à influencer les rapports entre la Cour de cassation et les juges du fond. En effet, l'admission de la méthode du contrôle de proportionnalité, nécessaire au contrôle de conventionnalité, et plus spécifiquement la dernière étape de balance des intérêts, très orientée sur les éléments de fait, ne semble pas, à première vue, trouver facilement sa place dans la pratique traditionnelle du contrôle par la Cour de cassation du raisonnement des juges du fond.

575. Intégration du contrôle de conventionnalité dans la technique de cassation.

La possibilité d'intégrer la proportionnalité dans le raisonnement de la Cour de cassation est âprement débattue²³⁴². À l'heure actuelle, la Cour semble avoir tranché puisqu'elle pratique le contrôle et travaille à l'intégrer dans sa méthode de raisonnement²³⁴³. Cependant, il semble que la pratique, fondée sur une reproduction fidèle des méthodes de la Cour européenne, soit encore incertaine²³⁴⁴. La Haute juridiction gagnerait sans doute à s'approprier davantage le raisonnement, pour se placer, non pas comme « intermédiaire passif entre deux juges du cas » – les juges du fond et la Cour européenne – mais comme « un co-auteur actif de la règle de droit »²³⁴⁵. En outre, « démunis » face au contrôle de conventionnalité²³⁴⁶, les juges du fond doivent être davantage « guidés »²³⁴⁷ par la Cour de cassation – notamment à travers des documents tels que le *Mémento du contrôle de conventionnalité*²³⁴⁸ – afin de restaurer le « dialogue judiciaire »²³⁴⁹.

576. Silence sur la méthode de détermination et de mise en œuvre de l'intérêt général. Le contrôle de l'intérêt général, abstrait et concret, doit trouver sa place dans cette

²³⁴² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 113 et s., p. 193 et s., n° 111, p. 187 et 112, p. 190 : pour l'auteur, les logiques sont « parfaitement distinctes, non solubles ». Seul le contrôle *in abstracto* est compatible avec la technique de cassation. À l'inverse, d'autres auteurs estiment que c'est justement cette « souplesse » de la technique de cassation qui permet à la Cour d'intégrer la méthode du contrôle de proportionnalité comme une application classique de l'obligation d'examiner la qualification juridique des faits : S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 20, 21 et 24. *Contra* C. Jamin, P. Jestaz et J.-P. Marguénaud, « Révolution tranquille... », *art. préc.* V. également M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier et J. Buck Lament, *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 9^e éd., 2018, p. 97. Sur le « pragmatisme à la française » permettant d'accueillir la proportionnalité dans la technique de cassation, v. S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.* ; *Le contrôle de proportionnalité*, colloque 23 juin 2021 ; *Mémento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.* ; *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.* ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 11, p. 15 : « La technique de cassation ne se présente pas comme un outil analytique pertinent pour déterminer le fondement de cette évolution et son champ d'application ».

²³⁴³ S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.* ; *Le contrôle de proportionnalité*, colloque Cour de cassation 23 juin 2021, *préc.* ; *Mémento sur le contrôle de proportionnalité...*, *op. cit.* ; *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*

²³⁴⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 244 et s. et n° 471 et s.

²³⁴⁵ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:13:35.

²³⁴⁶ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 330, p. 494.

²³⁴⁷ *Ibid.*, n° 333, p. 498.

²³⁴⁸ *Ibid.*

²³⁴⁹ *Ibid.*, n° 332 et s., p. 497 et s.

logique. Si les écrits se multiplient sur les liens entre contrôle de conventionnalité et technique de cassation, y compris au sein même de la Cour, qui tente de rationaliser sa pratique²³⁵⁰, rares sont les études qui portent sur l'identification des intérêts nécessaires à la mise en balance. L'intérêt général ne fait pas exception à la règle. La question peut donc se poser des modifications que la recherche et le maniement de l'intérêt général peuvent opérer dans les rapports entre la Cour de cassation et les juges du fond. En effet, la proportionnalité n'est plus aujourd'hui un « contrôle d'exception » ; elle s'est généralisée²³⁵¹.

577. Nécessité d'intégrer l'intérêt général dans la technique de cassation. À l'image de l'intégration du contrôle de proportionnalité dans la technique de cassation, il faudrait ainsi veiller à inclure la limite d'intérêt général dans les méthodes du contrôle de l'application de la loi. Il convient pour cela de faire de l'intérêt général un véritable moyen invocable devant les juges et de l'introduire dans les cas d'ouverture à cassation existants.

578. Il s'agit ainsi d'examiner comment le contrôle de l'intérêt général peut s'intégrer dans la technique de cassation. Dans son rôle de contrôle de l'application de la loi sur l'ensemble du territoire, la Cour de cassation doit guider les juges du fond, tant dans l'étape d'identification de l'intérêt général (§1) que dans celle de sa mise en œuvre (§2).

§1. LE CONTRÔLE DE LA DÉTERMINATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL PAR LA COUR DE CASSATION

579. Garante de l'application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire, la Cour de cassation doit vérifier que la limite d'intérêt général est uniformément maniée par les juges du fond. Il convient tout d'abord de situer l'intérêt général dans la technique de cassation et de voir comment il s'intègre à la méthode du juge du droit (A). Ensuite, il s'agit de comprendre la manière dont la Cour de cassation contrôle l'identification du contenu de l'intérêt général par les juges du fond (B).

A. L'intégration de l'intérêt général dans la technique de cassation : le « moyen » d'intérêt général

580. Les grandes lignes du contrôle par la Cour de cassation du raisonnement des juges du fond. La Cour de cassation exerce trois types de contrôle sur les décisions des

²³⁵⁰ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 327 et s., p. 491 et s.

²³⁵¹ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 20 et s., n° 4.

juges du fond : le contrôle « normatif », qui correspond au contrôle de l'application de la loi²³⁵², le contrôle « normatif de motivation », qui entraîne la cassation pour manque de base légale²³⁵³ et enfin le contrôle « disciplinaire » qui censure un « vice de motivation », en particulier le défaut de réponse à conclusions²³⁵⁴. Le contrôle normatif du fond implique trois éléments principaux : tout d'abord, « la bonne compréhension de la règle de droit par les juges du fond, ensuite [...] la correcte qualification des faits et, enfin, [...] l'exactitude de la conclusion retenue »²³⁵⁵. Il se décline en quatre niveaux : l'absence de contrôle, si les juges du fond bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire ; le contrôle restreint en cas d'appréciation souveraine des juges du fond ; le contrôle léger, lorsque la Cour laisse le juge tirer la conclusion qu'il souhaite de ses constatations ; enfin, le contrôle lourd si la Cour de cassation estime que les constatations de fait ne permettent d'arriver qu'à une seule et unique conclusion²³⁵⁶. Ces différents niveaux de contrôle correspondent à la profondeur avec laquelle la Cour de cassation examine la décision et encadre le pouvoir des juges²³⁵⁷. L'examen porte en particulier sur la qualification juridique des faits²³⁵⁸ : bien qu'elle soit « en principe contrôlée », ce contrôle est écarté « lorsque certaines qualifications sont très imprégnées de fait »²³⁵⁹. En outre, si l'appréciation par la Cour de cassation de la qualification juridique des faits, en tant que « question de droit »²³⁶⁰, devrait faire l'objet d'un examen systématique, ce n'est pas toujours le cas, pour des « raisons pratiques » et de « politique jurisprudentielle »²³⁶¹.

²³⁵² J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. info. C. cass.*, n° 702, 15 mai 2009, site Internet C. cass. ; v. aussi C. Berthier, *thèse préc.*, n° 157, p. 246. *Contra* J. Betouille, « La distinction du contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation – Mythe ou réalité ? », *JCP G* 2002.171.

²³⁵³ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt... », *art. préc.* ; v. aussi C. Berthier, *thèse préc.*, n° 157, p. 246. *Contra* J. Betouille, « La distinction... », *art. préc.*

²³⁵⁴ *Idem.*

²³⁵⁵ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 158, p. 248.

²³⁵⁶ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt... », *art. préc.* ; v. aussi C. Berthier, *thèse préc.*, n° 157, p. 246. *Contra* J. Betouille, « La distinction... », *art. préc.*

²³⁵⁷ Contestant la distinction entre contrôle lourd et léger : J. Betouille, « La distinction... », *art. préc.*

²³⁵⁸ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt... », *art. préc.* ; v. aussi J. Betouille, « La distinction... », *art. préc.*, n° 1 (considérant quant à lui que les variations de contrôle portent sur la qualification juridique des faits) « la Cour suprême n'exerce un contrôle plus ou moins strict que sur la seule opération de qualification des faits, sa vérification de l'exacte interprétation et application de la loi étant en revanche toujours de même nature » (n° 35). V. de même, M.-N. Jobard-Bachelier *et al.*, *La technique de cassation...*, *op. cit.*, p. 127 (considérant que le contrôle de qualification ne peut faire l'objet de degrés) : « Certains croient voir dans l'emploi de de l'une ou l'autre formule l'expression d'un contrôle plus ou moins poussé ; il y aurait un contrôle "lourd" et un contrôle "léger". Cette distinction ne nous paraît pas fondée ; la Cour de cassation contrôle la qualification ou ne la contrôle pas, elle ne peut la contrôler à moitié. Ce que certains appellent le contrôle lourd n'est en réalité qu'une expression du contrôle de l'interprétation ou de l'application de la loi et non de la qualification des faits. Ces formules expriment toutes l'approbation de la qualification que la Cour suprême reprend à son compte ». En outre la distinction est employée par la Cour de cassation elle-même : v. not. J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt... », *art. préc.* ; *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, p. 9.

²³⁵⁹ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt... », *art. préc.*

²³⁶⁰ S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 21.

²³⁶¹ *Ibid.*

581. L'intérêt général est-il un « moyen » ? Le *Vocabulaire juridique* définit le moyen comme l'élément « dans une demande ou une décision en justice » qui constitue le « soutien, fondement, élément de justification », le « motif destiné à fonder en fait et en droit une demande en justice ou un jugement ; [...] [l]es raisons de fait et de droit invoquées par un plaideur à l'appui de sa prétention, dès la demande originaire au soutien d'un recours »²³⁶². Autrement dit, le moyen est un élément du débat utilisé par les parties pour fonder une demande. On constate donc que l'intérêt général est sans aucun doute un moyen. La question peut dès lors se poser de savoir si l'intérêt général constitue un moyen de pur droit, de nature à s'inviter dans la discussion pour la première fois devant la Cour de cassation.

582. Le moyen de pur droit – Théorie. Le moyen de pur droit se définit comme celui qui n'exige du juge aucune nouvelle appréciation des faits : il n'en est pas nécessairement détaché mais se fonde uniquement sur les faits qui ont déjà été constatés par les juges du fond²³⁶³. À la différence des moyens dits « mélangés de fait et de droit », il n'implique donc aucune nouvelle appréciation des faits par le juge²³⁶⁴. Une telle qualification peut notamment dépendre de l'espèce considérée²³⁶⁵. Parce qu'il n'implique aucune nouvelle appréciation des faits, il peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. Est « nécessairement de pur droit » le moyen qui « repose tout entier sur la confrontation de deux normes juridiques »²³⁶⁶, par exemple la question prioritaire de constitutionnalité, qui peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation²³⁶⁷, mais également le contrôle de conventionnalité *in abstracto*²³⁶⁸. Le moyen de pur droit qui n'est pas d'intérêt public doit

²³⁶² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Moyen », p. 673 et 674.

²³⁶³ J. Boré et L. Boré, *Rép. proc. civ.*, « Pourvoi en cassation », déc. 2015, actu. mai 2023, n° 577 ; S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 12.

²³⁶⁴ *Idem.*

²³⁶⁵ J. Boré et L. Boré, *Rép. proc. civ., préc.*, n° 586.

²³⁶⁶ *Ibid.*, n° 581.

²³⁶⁷ *Ibid.*

²³⁶⁸ Il semble aujourd'hui qu'une unanimité se dégage sur ce point : v. *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 4 et 9 ; S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 14 : les auteurs relèvent toutefois que parfois la Cour de cassation ne semble pas voir les choses de cette manière, elle semble considérer que le moyen tiré du contrôle de proportionnalité *in abstracto* n'est pas de pur droit, ex. : Civ. 1^{re}, 12 mai 2010, n° 09-10.636. Cependant, il semble que cet arrêt ne corresponde plus aujourd'hui à la pratique de la Cour de cassation, qui se positionne d'ailleurs très clairement sur ce point dans son rapport de 2020 relatif à la proportionnalité ; F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto* – Comment éviter une atteinte (disproportionnée) l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? », *JCP G* 2020.1301 ; v. également C. Berthier, *thèse préc.*, n° 177, p. 271, l'auteur étaye notamment cette affirmation au moyen de la comparaison avec le moyen de la question prioritaire de constitutionnalité (p. 272) ; cette affirmation se trouve également dans le rapport de la Cour de cassation sur le sujet : *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 9 ; A. Lacabarats, « La réflexion... », *art. préc.*, spéc. p. 79.

« [s'appuyer] sur des faits constatés par l'arrêt attaqué »²³⁶⁹, c'est-à-dire les faits repris par les juges.

583. La question de savoir si l'intérêt général constitue un moyen de pur droit revêt deux enjeux. Peut-il être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (1) et le juge peut-il le relever d'office (2) ?

1. Le sort du moyen d'intérêt général invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation

584. Le moyen invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation – théorie. L'article 619 du code de procédure civile prévoit que seuls les moyens de pur droit peuvent être invoqués pour la première fois devant la Cour de cassation. Pour qu'un moyen soit soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, il faut qu'il soit de pur droit et « apparent en cause d'appel », c'est-à-dire que les juges du fond aient eu la possibilité d'avoir accès aux faits permettant de le soulever et de l'apprécier²³⁷⁰. Le moyen apparent et de pur droit est celui qui ne découle d'aucun fait qui n'a pas été constaté par les juges du fond²³⁷¹. Si la Cour de cassation avait, dans un premier temps, écarté le moyen d'inconventionnalité présenté pour la première fois devant elle comme étant mélangé de fait et de droit, elle finit par l'admettre²³⁷².

585. Le moyen d'inconventionnalité. Il est certain que les juges du fond doivent étudier la conventionnalité si elle est soulevée devant eux²³⁷³, et ce y compris si la demande est implicite, « mal formulée » ou « obscure »²³⁷⁴. Le « moyen d'inconventionnalité »²³⁷⁵, en tant que moyen « classique »²³⁷⁶, est soumis aux règles habituelles de la procédure civile²³⁷⁷ : il doit avoir été présenté aux juges du fond²³⁷⁸ et les faits pertinents nécessaires à son examen doivent avoir été préalablement soumis à leur appréciation²³⁷⁹. Dans l'idéal, il faudrait cependant que

²³⁶⁹ J. Boré et L. Boré, *Rép. proc. civ., préc.*, n° 590.

²³⁷⁰ *Ibid.*, n° 589.

²³⁷¹ *Ibid.*, n° 590.

²³⁷² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 173 et s., p. 268 et s.

²³⁷³ *Ibid.*, n° 185, p. 282.

²³⁷⁴ *Ibid.*, n° 185, p. 282 ; *contra* C. Fattaccini, « La méthodologie du contrôle », in *Le contrôle de proportionnalité*, colloque Cour de cassation 23 juin 2021, retransmission vidéo site Internet C. cass., env. 1:02:50 : la Cour s'assure de l'épuisement des voies de recours internes mais elle « ne dispense pas les parties de soulever un véritable moyen ». Il faut qu'elle soit « saisie d'un véritable moyen » (1:03:05) pour exercer « la faculté d'éviter la violation alléguée » (1:02:55).

²³⁷⁵ C. Fattaccini, « La méthodologie du contrôle », *préc.*, env. 1:01:10.

²³⁷⁶ *Ibid.*, env. 1:06:19.

²³⁷⁷ *Ibid.*, env. 1:01:26.

²³⁷⁸ *Ibid.*, env. 1:00:00.

²³⁷⁹ *Ibid.*, env. 1:06:49, v. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

le moyen soit identifiable dans les conclusions de la partie qui l'invoque²³⁸⁰ et qu'il fasse référence au droit protégé et au type de contrôle sollicité²³⁸¹.

586. Intérêt général abstrait, intérêt général concret et moyen de pur droit. Toute la question est finalement de savoir si l'intérêt général est un élément de fait ou de droit. La réponse se situe sans doute, une fois encore, dans la distinction entre l'intérêt général abstrait et l'intérêt général concret²³⁸². Nul ne conteste en effet que seule la dernière étape du contrôle de proportionnalité, la balance des intérêts, pose une difficulté dans la distinction entre les moyens de pur droit et les moyens mélangés de fait et de droit. Dans le contrôle *in abstracto*, les intérêts sont envisagés de manière indépendante du cas concret : il s'agit de contrôler l'évaluation réalisée par le législateur, abstraction faite du litige. Dans ce cas, l'intérêt général constitue sans aucun doute un moyen de pur droit. La question est sans doute plus complexe en ce qui concerne l'intérêt général concret. Ce dernier est en effet davantage rattaché aux circonstances du litige. Son identification dépend des éléments de preuve apportés par les parties²³⁸³. Par conséquent, tout dépend de la manière dont l'arrêt est critiqué, ainsi que du niveau de contrôle que la Cour de cassation souhaite exercer sur la qualification de l'intérêt général concret. Le choix entre le contrôle léger et le contrôle lourd est délicat : dans le premier cas, il semble que le niveau d'examen pourrait être insuffisant ; dans le second, la Cour de cassation ne risque-t-elle pas d'aller trop loin dans l'examen des questions de fait²³⁸⁴ ?

587. Intérêt général abstrait et moyen de pur droit. Le contrôle *in abstracto* de la compatibilité de la loi à la Convention est considéré par la Cour de cassation comme un moyen de pur droit qui peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, sur le fondement de l'article 619 du code de procédure civile²³⁸⁵. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation estima, dans un arrêt du 9 avril 2013²³⁸⁶, que le moyen visant à contester la compatibilité de l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles avec le droit d'accès au juge garanti par l'article 6 de la Convention européenne, en ce qu'il ne permettait pas la notification aux personnes pouvant exercer le recours contre la décision d'admission en

²³⁸⁰ C. Fattaccini, « La méthodologie du contrôle », *préc.*, env. 1:01:01.

²³⁸¹ *Ibid.*, env. 1:01:27.

²³⁸² Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

²³⁸³ V. *supra*, n° 316 et 318.

²³⁸⁴ Sur cette question, en rapport avec le contrôle de proportionnalité, v. *infra*, n° 612 et s.

²³⁸⁵ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 4 et 9 ; S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 14 ; F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*... », *art. préc.* ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 177, p. 271 ; A. Lacabarats, « La réflexion... », *art. préc.*, spéc. p. 79.

²³⁸⁶ Civ. 1^{re}, 9 avr. 2013, n° 11-27.071.

qualité de pupille de l'État, constituait un moyen de pur droit pouvant être soulevé pour la première fois en cassation²³⁸⁷ : « le moyen, dès lors qu'il invoque une atteinte à la substance même du droit d'accès au juge et n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt, est de pur droit »²³⁸⁸. Deux conditions sont ainsi posées pour admettre le moyen : l'atteinte à la « substance » du droit et la possibilité pour la Cour de cassation de répondre au moyen sans analyser les faits. Si le moyen d'inconventionnalité *in abstracto* peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen fondé sur l'intérêt général abstrait peut, *a fortiori*, l'être également, puisqu'il constitue un des éléments du contrôle de conventionnalité. De même, la possibilité de soulever pour la première fois une question prioritaire de la constitutionnalité devant la Cour de cassation milite en ce sens : l'examen de l'intérêt général abstrait en fait nécessairement partie en tant qu'élément du raisonnement.

588. Intérêt général concret et moyen de pur droit. À l'image du contrôle *in concreto*, dont il constitue l'accessoire, le statut de l'intérêt général concret est plus incertain. Si le dispositif adopté par la Cour de cassation le 9 avril 2013 n'effectue pas ici de distinction entre le contrôle *in abstracto* et le contrôle *in concreto*, il semble cependant qu'il ne soit pas possible d'étendre la solution au contrôle *in concreto*, ou du moins pas de manière systématique. C'est en effet la compatibilité de l'article *in abstracto*, donc *en soi*, qui est ici contestée et non celle de son application au cas d'espèce. Il est clair que le contrôle *in concreto* est de ce point de vue plus ambigu et l'on comprend que la Cour de cassation puisse considérer que le moyen tiré de l'inconventionnalité concrète est mélangé de fait et de droit²³⁸⁹ car « [b]ien que les Hauts magistrats s'en tiennent aux éléments de fait souverainement appréciés par les juges du fond, ils reviennent sur l'arbitrage factuel opéré par ces derniers »²³⁹⁰. Une telle situation peut même amener les juges à « prendre en considération des faits qui n'ont pas nécessairement été souverainement appréciés »²³⁹¹. Ainsi, le statut du moyen fondé sur l'intérêt général concret, tout comme celui du contrôle *in concreto*, ne saurait être déterminé à l'avance. Pour être acceptée, il faudrait que la critique concernant l'intérêt général concret ait été déjà

²³⁸⁷ P. Chevalier, « Nouveauté... », *art. préc.* : l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles avait été déclaré contraire à la Constitution par une décision du 27 juillet 2012 mais les effets de la décision avaient été reportés au 1^{er} janvier 2014, privant le requérant des effets de sa question prioritaire de constitutionnalité. L'inconventionnalité de l'article avait donc été soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation.

²³⁸⁸ Civ. 1^{re}, 9 avr. 2013, n° 11-27.071.

²³⁸⁹ S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 13 ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 178, p. 273.

²³⁹⁰ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 178, p. 273.

²³⁹¹ *Ibid.*

soulevée devant les juges du fond et qu'elle s'appuie sur des faits déjà constatés²³⁹². Les parties pourront par exemple critiquer le fait que les juges du fond n'ont pas tiré les conséquences légales des constatations effectuées²³⁹³. Les circonstances de la cause et la formulation du pourvoi peuvent donc faire varier la réponse de la Cour²³⁹⁴. Si par exemple une personne contestait un mariage entre alliés en invoquant la déstabilisation familiale ainsi que les risques pour les enfants, en se fondant sur des éléments préalablement constatés par les juges du fond, alors le moyen aurait de bien meilleures chances d'aboutir que si elle tentait de l'exposer pour la première fois en cassation sans avoir préalablement apporté les éléments de fait nécessaires à l'identification de l'intérêt général concret.

2. Le relevé d'office de l'intérêt général

589. Le moyen d'ordre public – Théorie. Le moyen de pur droit peut être d'ordre public ou d'intérêt privé²³⁹⁵. Le moyen tiré d'une règle d'ordre public « ne peut jamais être considéré comme nouveau »²³⁹⁶. Le juge a la plupart du temps la *faculté* de le soulever mais il peut également en avoir l'obligation²³⁹⁷ ; le juge du fond se trouve dans ce dernier cas « en faute de n'avoir pas relevé un moyen d'ordre public, apparent par lui-même, au vu des éléments dont il disposait »²³⁹⁸. Les règles procédurales peuvent faire l'objet d'une interdiction²³⁹⁹ de relever d'office, d'une obligation²⁴⁰⁰, ou encore d'une simple faculté²⁴⁰¹. Pour les règles substantielles d'ordre public, il semble qu'il n'y ait pas d'interdiction de relever d'office et qu'il appartienne au juge de désigner celles qui font l'objet d'une obligation²⁴⁰² et celles qui ne sont soumises qu'à une simple faculté²⁴⁰³.

590. Le relevé d'office de l'inconventionnalité. Demeure la question non tranchée de savoir si le contrôle de proportionnalité fait l'objet d'une obligation de relever d'office²⁴⁰⁴. Certains considèrent que les articles de la Convention européenne des droits de l'homme

²³⁹² F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

²³⁹³ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 178, p. 274 : affirme que c'est une piste possible pour le contrôle *in concreto* dans son entier.

²³⁹⁴ J. Boré et L. Boré, *Rép. proc. civ., préc.*, n° 579 : d'une manière générale, la distinction « dépend de l'arrêt attaqué ».

²³⁹⁵ *Ibid.*, n° 576.

²³⁹⁶ E. Faye, *La Cour de cassation : traité de ses attributions, de ses compétences et de la procédure suivie en matière civile*, Librairie Marescq Aîné, 1903, n° 127, p. 145.

²³⁹⁷ J. Boré et L. Boré, *Rép. proc. civ., préc.*, n° 588.

²³⁹⁸ *Ibid.*, n° 590.

²³⁹⁹ *Ibid.*, n° 593.

²⁴⁰⁰ V., *ibid.*, n° 595 et 596.

²⁴⁰¹ *Ibid.*, n° 588.

²⁴⁰² C. Chainais *et al.*, *Procédure civile, op. cit.*, n° 593, p. 496 : c'est le cas notamment de certaines règles substantielles en droit de l'Union européenne qui sont d'ordre public.

²⁴⁰³ J. Boré et L. Boré, *Rép. proc. civ., préc.*, n° 588.

²⁴⁰⁴ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 179, p. 276.

peuvent sans difficulté faire l'objet d'un relevé d'office, comme faisant partie de l'ordre public, dès lors que le moyen soulevé est de pur droit²⁴⁰⁵. La question s'est posée de la possibilité pour le juge de relever d'office les articles de la Convention européenne des droits de l'homme. Il n'y a pas de certitude aujourd'hui quant à l'obligation pour le juge de relever d'office le moyen d'inconventionnalité, qu'il soit *in concreto* ou *in abstracto* : la Cour de cassation ne l'a pour l'instant jamais véritablement imposée. Toutefois, en raison des liens entretenus avec l'ordre public, la faculté de relever d'office est plausible. Selon Madame Cécile Berthier, si cette qualification de moyen d'ordre public existait, elle engloberait selon toute probabilité les deux formes de contrôle, abstrait et concret²⁴⁰⁶. La difficulté réside ici, une fois encore, dans le champ d'application des droits fondamentaux : ce dernier est si étendu que, poussée à l'extrême, l'obligation de relever d'office les droits fondamentaux pourrait conduire le juge à effectuer systématiquement le contrôle de proportionnalité abstrait et concret, y compris dans des cas où un tel contrôle serait complètement étranger à l'objet du litige.

591. Intérêt général abstrait et moyen relevé d'office. Ici encore, si le caractère d'ordre public du moyen tiré de l'incompatibilité concrète de la loi à la Convention est source d'ambiguïté, il semble que les auteurs s'accordent pour dire que l'examen de la conventionnalité abstraite de la loi constitue non seulement un moyen de pur droit, mais encore un moyen d'ordre public susceptible de faire l'objet d'un relevé d'office par le juge²⁴⁰⁷. La qualification de moyen de pur droit ne fait pas de doute et le fait que les droits fondamentaux puissent être considérés comme appartenant à l'ordre public n'est pas sérieusement contestable²⁴⁰⁸. Seule l'obligation de relever d'office n'est pas tranchée. En ce qui concerne l'intérêt général, la question est finalement plus simple : dès lors qu'est en cause le contrôle de conventionnalité *in abstracto*, l'intérêt général abstrait devrait nécessairement faire partie du débat. Ainsi, dans le cadre de ce contrôle, l'intérêt général de la loi devrait nécessairement être

²⁴⁰⁵ C. Fattaccini, « La méthodologie du contrôle », *préc.*, env. 1:04:39.

²⁴⁰⁶ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 186, p. 283 et 284.

²⁴⁰⁷ S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, « Une chance pour la France... », *art. préc.*, n° 15 à 18 : « Le droit européen sur la notion d'ordre public et la technique de cassation sur la notion de moyen de pur droit, loin de s'autodétruire, conjuguent leurs apports pour permettre aux parties d'invoquer à l'appui d'un moyen d'inconventionnalité (d'ordre public), non seulement les faits qui résultent de la décision attaquée, mais aussi ceux qui ont été invoqués à l'appui de leurs écritures d'appel, qui sont apparents dans ces écritures (donc qui fondent un moyen de pur droit). Et la Cour de cassation pourra, sans remettre en cause sa technique de cassation, relever d'office ce moyen d'ordre public en considérant qu'il est aussi de pur droit puisqu'il figurait, au moins en substance, dans les conclusions d'appel, même si la Convention EDH n'a pas été expressément visée » (n° 18) ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 179, p. 276.

²⁴⁰⁸ V. *infra*, n° 635 et s.

relevé d'office et intégré dans le raisonnement par les juges. En tant qu'objectif de la loi contrôlée, il est toujours de pur droit et *par essence* d'ordre public.

592. Le relevé d'office de l'inconventionnalité concrète. Pour ce qui est du moyen de conventionnalité *in concreto*, il faudrait qu'il soit de pur droit, ce qui n'est pas systématique. Le fait que l'article 8 de la Convention européenne ait fait l'objet d'un relevé d'office par la Cour de cassation dans l'arrêt du 4 décembre 2013 est relativement peu concluant sur ce sujet²⁴⁰⁹. Rien dans cet arrêt ne permet de dégager une obligation de relever d'office : tout au plus peut-on y voir une simple faculté cohérente avec la qualification de moyen d'ordre public octroyée au moyen d'inconventionnalité. Le contrôle *in concreto* pourrait donc faire *a priori* l'objet d'une simple faculté de relever d'office puisqu'il s'agit d'un moyen d'ordre public²⁴¹⁰, à défaut d'être clairement une obligation²⁴¹¹. En ce qui concerne le contrôle concret de conventionnalité, la réponse semble davantage dépendre de la cause. Cependant, l'obligation n'a pas été explicitement consacrée.

593. Intérêt général concret et moyen de pur droit. Le rattachement de l'intérêt général concret au moyen de pur droit est moins évident que celui de l'intérêt général abstrait. Sans doute la question dépend-elle du moyen soulevé. Si les parties soulèvent l'existence de l'intérêt général concret pour la première fois en cassation, ce qui dépend de l'appréciation des faits, le moyen sera mélangé de fait et de droit. À l'inverse, si elles remettent en cause, par exemple, la qualification de l'enjeu adoptée par les juges du fond, le moyen peut être recevable²⁴¹². Le contrôle sera ainsi opéré par les juges s'il porte sur une question de droit n'impliquant aucune appréciation des faits.

B. L'examen par la Cour de cassation de l'identification de l'intérêt général par les juges du fond

594. La Cour de cassation doit vérifier que les juges du fond ont correctement dégagé l'enjeu d'intérêt général abstrait et concret²⁴¹³ (1). Dans le cas contraire, il convient de s'interroger sur le cas d'ouverture à cassation invocable (2).

²⁴⁰⁹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

²⁴¹⁰ F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

²⁴¹¹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 186, p. 283.

²⁴¹² La Cour de cassation contrôle en effet la qualification juridique des faits : J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt... », *art. préc.*

²⁴¹³ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

1. La proposition d'une méthode d'identification de l'intérêt général

595. L'absence de méthode définie d'identification de l'intérêt général. Ainsi qu'il a été précédemment évoqué, ni la Cour de cassation, ni les juges du fond ne semblent avoir de méthode définie pour identifier l'intérêt général²⁴¹⁴. Or, dans la mesure où il devrait occuper une place importante dans le raisonnement de proportionnalité, il serait souhaitable que les juges soient dotés d'une méthode unifiée sur l'ensemble du territoire pour en découvrir la substance. La Cour de cassation doit dès lors inviter les juges du fond à identifier correctement les différents intérêts en présence afin d'effectuer, le plus précisément possible, le contrôle de proportionnalité. L'identification des différents intérêts passe par celle de l'intérêt général porté par la loi.

596. Les outils du juge pour l'identification de l'intérêt général abstrait. Nous ne reviendrons pas sur la charge de la preuve et les conditions de la démonstration de l'intérêt général qui ont déjà été longuement développées²⁴¹⁵. Le juge peut avoir à effectuer un véritable travail d'interprétation si le texte ne lui permet pas de déduire facilement l'intérêt général abstrait²⁴¹⁶. La référence jurisprudentielle peut en ce sens s'avérer utile. Peut-être la loi soumise à l'examen a-t-elle déjà fait l'objet d'un contrôle au regard des droits fondamentaux : ainsi les juges pourraient s'inspirer de jurisprudences antérieures et se référer à l'intérêt général déjà dégagé par d'autres juges, de la même juridiction ou d'institutions différentes, sur le même sujet ou dans un contexte différent²⁴¹⁷. En effet, l'enjeu d'intérêt général abstrait de la règle ne saurait être fondamentalement différent d'une espèce à l'autre. En revanche, l'objectif justifiant l'édiction de la loi peut être distinct de celui fondant son maintien : la Cour de cassation peut être amenée à contrôler l'actualisation de l'objectif poursuivi par la loi. Dans ce dernier cas, les différentes méthodes d'interprétation de la loi peuvent guider l'identification²⁴¹⁸.

597. L'intérêt général concret : les éléments de la cause en lien avec l'intérêt général abstrait. Le juge doit ici « concrétiser » l'intérêt général, c'est-à-dire démontrer la mise en œuvre de l'intérêt général dans le cas d'espèce. Il doit donc partir de l'identification de l'intérêt général abstrait et déterminer en quoi l'objectif est mis en œuvre en l'espèce, en lien avec la situation des parties et les éléments de preuve qu'elles apportent.

²⁴¹⁴ V. *supra*, n° 268 et s.

²⁴¹⁵ V. *supra*, n° 311 et s.

²⁴¹⁶ Sur l'usage des méthodes d'interprétation pour identifier l'intérêt général, v. *infra*, n° 793 et s.

²⁴¹⁷ V. *supra*, n° 293 et s. et *infra*, n° 836.

²⁴¹⁸ V. *infra*, n° 793 et s.

2. Le cas d'ouverture à cassation pour sanctionner la découverte de l'intérêt général

598. L'intérêt général invoqué et ignoré : le défaut de réponse à conclusions. Le défaut de réponse à conclusions se définit comme le cas d'ouverture à cassation qui « sanctionne une insuffisance de recherche de la part des juges du fond et constitue un moyen pour la Cour de cassation d'indiquer quels éléments lui paraissent déterminants dans l'application de la règle de droit et doivent donc faire l'objet d'investigations particulières »²⁴¹⁹. La situation serait ici celle dans laquelle la partie qui a intérêt à voir la loi appliquée invoquerait l'intérêt général dans ses conclusions et se heurterait à l'indifférence des juges du fond. Une telle décision encourrait-elle la cassation pour défaut de réponse à conclusions ?

599. Défaut de réponse à conclusions et intérêt général abstrait. La première situation est celle de l'intérêt général abstrait invoqué par les parties. Ce fut par exemple le cas dans un arrêt du 14 octobre 2020²⁴²⁰ : les moyens au pourvoi tiraient argument de l'objectif poursuivi par la loi pour défendre l'application de l'article. Selon les demandeurs au pourvoi en effet, l'article 370-5 du code civil « poursuit un but légitime tendant à garantir la stabilité du lien de filiation établi par une adoption régulièrement prononcée à l'étranger, produisant en France les effets d'une adoption plénière ». En théorie, si les parties soulèvent devant les juges du fond l'intérêt général abstrait et si les juges ne répondent pas à l'argument, ils pourraient encourir la cassation : en l'espèce, ce cas d'ouverture ne fut pas avancé. Cette situation impose de s'interroger sur l'intérêt à agir²⁴²¹. Le justiciable peut-il s'approprier l'intérêt général porté par la loi pour conforter une argumentation qui n'est en réalité motivée que par l'intérêt privé²⁴²² ? Peut-on admettre de faire des justiciables des « procureurs particuliers »²⁴²³ ? La possibilité d'agir pour la poursuite d'un intérêt général n'est-elle pas réservée au ministère public et aux associations dans certains cas préalablement définis²⁴²⁴ ? La Cour de cassation admet en effet aujourd'hui qu'une association puisse agir en justice pour défendre des intérêts collectifs qui font partie de son objet social²⁴²⁵. L'enjeu autour de ce débat était d'éviter, « sous couvert d'un intérêt collectif », de faire des associations des « auxiliaires du Parquet » en leur confiant la défense de l'intérêt général²⁴²⁶. On considère en effet traditionnellement que la

²⁴¹⁹ M.-N. Jobard-Bachelier *et al.*, *La technique de cassation...*, *op. cit.*, 2018, p. 221.

²⁴²⁰ Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, 19-15.783.

²⁴²¹ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 200, p. 179 ; V. déjà *supra*, n° 338.

²⁴²² C. Chainais *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 200, p. 179.

²⁴²³ Sur cette question, v. *supra*, n° 338 et *infra*, n° 804.

²⁴²⁴ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 212, p. 190. Sur cette question, v. aussi *supra*, n° 338 et *infra*, n° 804.

²⁴²⁵ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 215, p. 195.

²⁴²⁶ *Ibid.*, n° 212, p. 190.

défense de l'intérêt général est réservée au ministère public et qu'en confier, ne serait-ce que partiellement, la défense à des associations privées reviendrait à un « démembrement de la notion d'intérêt général »²⁴²⁷. La question se pose de manière d'autant plus aiguë pour les personnes physiques : peut-on s'approprier l'intérêt général comme argument pour défendre sa cause ? En principe, « aucun particulier ne peut exercer une action uniquement pour obtenir le respect de la loi, sans y avoir aucun intérêt personnel »²⁴²⁸. C'est la raison pour laquelle la défense de l'intérêt général pourrait être confiée à l'avocat général²⁴²⁹.

600. Intérêt général concret et défaut de réponse à conclusions. Du point de vue de l'intérêt à agir, la question est bien plus facile à trancher pour l'intérêt général concret. Dans ce cas, l'intérêt général étant rattachable aux intérêts de l'une des parties au litige, la défense de l'application de la loi au cas d'espèce apparaît moins surprenante. Dès lors, les parties qui invoqueraient l'intérêt général concret pourraient se plaindre du défaut de réponse à conclusions si les juges du fond s'abstenaient de trancher ce point. Dans l'arrêt du 14 octobre 2020 précédemment cité, si les parties avaient invoqué un intérêt général concrétisé correspondant au litige, preuve à l'appui, et que les juges du fond avaient négligé de se prononcer sur ce point, ils auraient pu encourir la cassation pour défaut de réponse à conclusion.

601. La censure pour fausse interprétation : le « mauvais » enjeu d'intérêt général abstrait. L'intérêt général abstrait constitue en principe l'objectif de la loi. Le fait pour les juges du fond de mal identifier l'enjeu d'intérêt général poursuivi par un texte pourrait encourir la cassation pour violation de la loi par fausse interprétation. Si les juges du fond s'appuyaient sur un objectif étranger à celui de la règle, ils risqueraient de voir leur décision cassée pour fausse interprétation.

602. L'intérêt général concret : la cassation pour fausse qualification des faits. À l'inverse de l'intérêt général abstrait, l'intérêt général concret n'est pas un pur élément de droit²⁴³⁰. L'intérêt général concret, rattachable aux faits du litige, est susceptible de faire l'objet d'une qualification juridique, pouvant être contrôlée par la Cour et censurée pour fausse qualification. En effet, seules les qualifications « très imprégnées de fait » ne sont pas contrôlées par la Cour de cassation²⁴³¹, ce qui ne semble pas être le cas de celle de l'intérêt général concret. Par conséquent, si les juges du fond rattachaient de manière incorrecte

²⁴²⁷ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 212, p. 190.

²⁴²⁸ *Ibid.*, n° 200, p. 179.

²⁴²⁹ V. *supra*, n° 791.

²⁴³⁰ Sur ce point, v. *supra*, n° 316 et s.

²⁴³¹ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt... », *art. préc.*

l'objectif de la règle aux faits de l'espèce, l'arrêt pourrait être cassé pour fausse qualification. Cette situation pourrait d'ailleurs découler d'une mauvaise identification de l'intérêt général concret.

§2. LE CONTRÔLE DU MANIEMENT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL PAR LA COUR DE CASSATION

603. La Cour de cassation doit contrôler la mise en œuvre de la balance des intérêts par les juges du fond. Elle peut être amenée à censurer les juges du fond qui auraient « omis » de mettre un intérêt dans la balance²⁴³² ou qui n'auraient pas effectué le contrôle invoqué par les parties²⁴³³. Il convient également de sanctionner le maniement incorrect de l'intérêt général. Un emploi erroné de la limite par les juges du fond pourrait donner lieu à un cas spécial d'ouverture à cassation (A) ainsi qu'à un mode de contrôle particulier du raisonnement des premiers juges (B).

A. Le cas d'ouverture à cassation en cas de maniement incorrect de l'intérêt général

604. Il semble qu'aujourd'hui le choix du cas d'ouverture à cassation pour contrôler le raisonnement des juges du fond sur le contrôle de conventionnalité ne soit pas systématisé, tout comme celui sur le maniement de l'intérêt général. Si les cas d'ouverture à cassation existants peuvent guider la réflexion (1), peut-être s'avèrent-ils limités dans le cas de la balance des intérêts (2).

1. La référence aux cas classiques d'ouverture à cassation

605. Le cas d'ouverture pour omission du contrôle de proportionnalité *in concreto* : manque de base légale. En ce qui concerne le contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation doit vérifier l'existence du contrôle, ainsi que sa qualité²⁴³⁴. Le plus souvent, si le contrôle a été demandé par les parties et n'a pas été effectué, le grief sera celui du manque de base légale²⁴³⁵. En effet, si le moyen d'inconventionnalité de la loi applicable est soulevé, les juges du fond doivent effectuer le contrôle, sous peine d'encourir la cassation²⁴³⁶. Ainsi, d'après le rapport de 2020, la Cour de cassation doit « proposer aux juges du fond une

²⁴³² C. Azar, « L'intensité du contrôle », in *Le contrôle de proportionnalité*, colloque Cour de cassation 23 juin 2021, retransmission vidéo site Internet C. cass., env. 1:21:34 et s. env. 1:29:12, à propos de l'arrêt Civ. 1^{re}, 6 févr. 2020, n° 19-24.474 : les juges du fond n'ont pas pris en compte correctement le droit à la vie privée et familiale des parents légaux.

²⁴³³ C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:32:12.

²⁴³⁴ *Ibid.*, env. 1:24:35.

²⁴³⁵ *Ibid.*, env. 1:25:07.

²⁴³⁶ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 185, p. 282.

méthodologie » comprenant les « éléments qui doivent être mis en balance »²⁴³⁷. Subsidiairement, l'arrêt pourrait également être cassé pour défaut de réponse à conclusions ; mais le manque de base légale demeure le cas d'ouverture le plus répandu dans cette hypothèse²⁴³⁸.

606. Le cas d'ouverture à cassation pour mise en œuvre incorrecte du contrôle de conventionnalité *in concreto* : manque de base légale encore. L'hypothèse du manque de base légale pourrait également être envisagée pour le cas dans lequel les juges n'auraient pas correctement pris en compte les différents intérêts²⁴³⁹. On peut citer à ce sujet un arrêt du 6 février 2020 dans lequel les juges du fond avaient omis l'un des intérêts en présence, donnant lieu à une cassation pour manque de base légale²⁴⁴⁰. Il était question du droit de visite d'un tiers confronté au droit à la vie privée et familiale des parents de l'enfant : « En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement aussi étendu à un tiers n'ayant pas résidé de manière stable avec l'enfant et l'un de ses parents n'était pas de nature à porter atteinte, de façon disproportionnée, à la vie familiale de [l'enfant] avec ses parents, la cour d'appel a *privé sa décision de base légale* au regard des textes susvisés »²⁴⁴¹. Ainsi, *a fortiori*, l'absence de prise en compte suffisante de l'intérêt général dans le raisonnement pourrait donner lieu à une cassation pour manque de base légale.

607. La censure pour manque de base légale : grief commun à l'indifférence des intérêts généraux abstrait et concret. Adaptant ses méthodes au contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation a déjà censuré des décisions de cour d'appel pour manque de base légale en estimant que les juges auraient dû rechercher si une atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale n'avait pas été constituée, ou encore qu'ils auraient dû prendre davantage en compte la situation concrète avant de rendre leur décision²⁴⁴². Ainsi, un contrôle de proportionnalité qui aurait été exercé, mais aurait imparfaitement pris en compte l'intérêt général pourrait donner lieu à une censure pour manque de base légale. Le grief est ainsi commun : dès lors que la conclusion des juges du fond n'inclut pas suffisamment la présence de l'intérêt général dans le litige, qu'il soit abstrait ou concret, ils encourent la cassation pour manque de base légale.

²⁴³⁷ C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:26:30.

²⁴³⁸ *Ibid.*, env. 1:25:07.

²⁴³⁹ *Ibid.*, env. 1:29:55.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*, env. 1:29:55, v. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2020, n° 19-24.474.

²⁴⁴¹ C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:29:55, v. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2020, n° 19-24.474, nous soulignons.

²⁴⁴² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 112, p. 191.

608. La fausse qualification : l'intérêt général concret surestimé ou sous-estimé.

Dans le cas d'une fausse qualification, « il est reproché aux juges du fond d'avoir mal appliqué le droit aux faits, ou, ce qui revient au même, d'avoir mal qualifié les faits »²⁴⁴³. On pourrait ainsi aisément imaginer l'utilisation de ce cas d'ouverture contre une décision des juges du fond n'ayant pas donné à l'intérêt général concret sa juste valeur, en le surestimant ou, au contraire, en le sous-estimant. Les juges auraient en effet alors tiré de mauvaises conséquences de leur qualification et donc violé la loi.

2. Les limites des cas d'ouverture à cassation existants

609. Dans le cas particulier de la balance des intérêts, notamment lorsqu'elle s'opère *in concreto*, la transposition de la méthode de cassation apparaît délicate. Certains auteurs proposent de recourir à de nouvelles méthodes, qui pourraient être applicables au contrôle de la mise en œuvre de l'intérêt général concret.

610. Pertinence des cas d'ouverture à cassation existants. La cassation pour violation de la loi est-elle parfaitement adaptée à la situation du contrôle de conventionnalité, en particulier lorsqu'il est concret ? Le professeur Hugues Fulchiron s'interroge à ce titre : il souligne que la Cour de cassation effectue un « contrôle léger » sur la qualification des faits²⁴⁴⁴, alors qu'« avec le contrôle de proportionnalité, il ne s'agit pas de qualifier des faits, mais d'opérer une balance des intérêts, ce qui relève d'une tout autre logique »²⁴⁴⁵. Le professeur Emmanuel Jeuland renchérit : selon lui, « la proportionnalité ne fonctionne pas comme une catégorie juridique classique » car « [e]lle n'implique pas un travail classique de qualification », mais plutôt « une pesée d'avantages et d'inconvénients concernant l'utilisation des moyens pour atteindre une fin »²⁴⁴⁶. Il s'agit donc davantage d'un raisonnement par « analogie [...] [visant] à comparer des rapports de droit existants et prétendus »²⁴⁴⁷. D'ailleurs, l'auteur souligne qu'étymologiquement, la proportionnalité entretient des liens avec l'analogie²⁴⁴⁸. La question s'étend à l'intégration de l'intérêt général dans la technique de cassation et à son rattachement aux cas d'ouverture à cassation existants.

611. Les limites de la possibilité du contrôle de proportionnalité au moyen de la technique actuelle de cassation. Le professeur Hugues Fulchiron propose de diviser le contrôle en quatre « grandes questions » : « Le contrôle a-t-il été effectué ? [...] Le

²⁴⁴³ M.-N. Jobard-Bachelier *et al.*, *La technique de cassation...*, *op. cit.*, p. 180.

²⁴⁴⁴ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.*, spéc. p. 660.

²⁴⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁴⁶ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 3.

²⁴⁴⁷ *Ibid.* ; v. aussi C. Berthier, *thèse préc.*, n° 121, p. 205.

²⁴⁴⁸ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 5.

contrôle a-t-il été effectivement effectué ? [...] Le contrôle a-t-il été correctement effectué ? [...] Le contrôle a-t-il été justement effectué ? », pour vérifier si la méthode employée a bien permis d'isoler les intérêts et de les confronter les uns aux autres pour arriver à la meilleure conclusion²⁴⁴⁹. Madame Cécile Berthier fait remarquer à ce sujet que si les première et troisième étapes de ce raisonnement renvoient respectivement aux contrôles disciplinaire et normatif²⁴⁵⁰, les deuxième et quatrième impliqueraient « de revenir sur l'appréciation souveraine des juges du fond »²⁴⁵¹. Et l'auteur de faire référence à un arrêt du 14 octobre 2020 qui aurait substitué sa balance des intérêts à celles des juges du fond²⁴⁵² : « En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations, d'une part, que [l'adoptée], qui connaissait ses origines personnelles, n'était pas privée d'un élément essentiel de son identité, d'autre part, qu[e le père prétendu], puis son héritier, [...] n'avaient jamais souhaité établir de lien, de fait ou de droit, avec elle, de sorte qu'au regard des intérêts de [l'héritier du père prétendu], de ceux de la famille adoptive et de l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de [l'adoptée] que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné, la cour d'appel a violé le texte susvisé »²⁴⁵³. Le problème se situe principalement à la dernière étape : « Si l'on estime que, compte tenu de la nature même du contrôle, la Cour doit refaire la pesée pour vérifier que la pesée opérée par les juges du fond était une juste pesée, on abandonne l'idée que la Cour contrôle le contrôle : en vérité, elle le refait »²⁴⁵⁴. Il apparaît délicat pour la Cour de cassation d'examiner la balance des intérêts sans effectuer à nouveau le contrôle réalisé par les juges du fond et sans apprécier les faits²⁴⁵⁵.

B. L'intensité du contrôle de l'intérêt général

612. Contrôle lourd, contrôle léger et contrôle de conventionnalité. En matière de conventionnalité, le niveau de contrôle touche donc la proportionnalité au sens strict, « dernière étape du contrôle de conventionnalité »²⁴⁵⁶. Elle fait l'objet par la Cour de cassation, selon les cas, d'un examen lourd ou léger, puisqu'elle suppose une appréciation des faits par les juges du

²⁴⁴⁹ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.*, spéc. p. 661 ; H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 251.

²⁴⁵⁰ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 120, p. 204.

²⁴⁵¹ *Ibid.*

²⁴⁵² *Ibid.*, n° 120, p. 204 et 205, citant l'arrêt Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, n° 19-15.783.

²⁴⁵³ V. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 305, p. 310, qui y voit également un contrôle lourd.

²⁴⁵⁴ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.*, spéc. p. 661.

²⁴⁵⁵ Sur les solutions proposées à cette difficulté et notamment sur le recours à l'erreur manifeste d'appréciation exposée par le professeur Hugues Fulchiron, v. *infra*, n° 882 et s.

²⁴⁵⁶ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, op. cit.*, p. 7.

fond, une telle distinction étant une question de « politique jurisprudentielle »²⁴⁵⁷. Dans le cadre du contrôle de conventionnalité, le contrôle léger correspond ainsi à une vérification du respect des étapes de raisonnement, tandis que le contrôle lourd correspond à une nouvelle pesée des intérêts en présence²⁴⁵⁸, davantage axé sur l'analyse des faits. Lorsque la Cour de cassation effectue un contrôle léger de cette étape, elle doit examiner « la méthodologie appliquée ainsi que la rectitude du raisonnement suivi » et ce, « même si le moyen du pourvoi se borne à reprocher à l'arrêt attaqué une absence de contrôle », au lieu de simplement s'assurer que les intérêts ont effectivement été mis en balance²⁴⁵⁹.

613. Si l'intérêt général abstrait doit sans doute faire l'objet d'un contrôle lourd (1), l'incertitude demeure en matière de contrôle concret (2).

1. Un contrôle lourd pour l'intérêt général abstrait

614. Contrôle *in abstracto* : un contrôle principalement lourd. En ce qui concerne le contrôle de la compatibilité abstraite de la loi avec la Convention, la question soulève peu de difficultés. Le contrôle *in abstracto* fait l'objet d'un contrôle lourd²⁴⁶⁰ : « Loin de ne s'en tenir qu'à un contrôle de la motivation et de la méthode, le moyen d'inconventionnalité *in abstracto* impose [...] aux Hauts magistrats d'effectuer un contrôle rigoureux et minutieux de l'argumentation juridique retenue dans la mesure où les faits d'espèce ne sont pas en cause »²⁴⁶¹. C'est ce qu'effectue souvent la première chambre civile en cas d'examen *in abstracto*²⁴⁶². Ce contrôle, qui n'est pas nouveau, semble avoir trouvé sa place dans la technique de cassation : il est nécessairement approfondi, sans que cela modifie le rôle traditionnel de la Cour de cassation, car il s'agit de la confrontation de deux normes, faisant peu intervenir les faits.

615. Intérêt général abstrait : contrôle lourd. Qu'il s'agisse de la détermination ou de l'intégration de l'intérêt général dans le raisonnement, les juges doivent exercer un contrôle lourd. En effet, il s'agit de données juridiques, quant à la compatibilité de la loi à l'engagement international : à l'image du reste du contrôle *in abstracto*, le contrôle de la détermination et du maniement de l'intérêt général abstrait doit nécessairement être lourd. Ce n'est d'ailleurs pas

²⁴⁵⁷ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 3.

²⁴⁵⁸ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.*, spéc. p. 661.

²⁴⁵⁹ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 7.

²⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 9.

²⁴⁶¹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 160, p. 250.

²⁴⁶² S. Canas et R. Le Cotty, « Notes sur l'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile en cas de mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité/proportionnalité », *Annexe I – Rapport 2020 – Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, site Internet C. cass., p. 11 et s., spéc. p. 12.

fortuit si les critères du filtrage de la question prioritaire de constitutionnalité sont plus exigeants devant la Cour de cassation que devant les juges du fond.

2. L'incertitude quant à l'intérêt général concret

616. Un niveau de contrôle compatible avec le rôle traditionnel de la Cour de cassation : la difficulté liée à l'appréciation des faits. À la différence du contrôle *in abstracto*, le contrôle *in concreto* est davantage axé sur l'examen des faits. La mise en œuvre du contrôle de la balance des intérêts par les juges du fond apparaît en effet « délicate »²⁴⁶³ sans appréciation des faits²⁴⁶⁴, et ce d'autant plus en cas de contrôle lourd : « dès lors qu'elle souhaite exercer un contrôle lourd, c'est-à-dire procéder à une substitution de sa propre appréciation à celle des juges du fond, la tradition légaliste ne se révèle plus parfaitement adaptée à ce nouveau contrôle »²⁴⁶⁵. En admettant le contrôle lourd, la Cour de cassation risquerait de s'appropriier un contrôle des faits incompatible avec sa mission de juge du droit ; en se contentant d'un contrôle léger, elle pourrait ne pas respecter des exigences des juges strasbourgeois en matière de droits fondamentaux²⁴⁶⁶. Même en se limitant aux faits « acquis » devant les juges du fond²⁴⁶⁷, le contrôle ne s'intègre pas évidemment dans la logique de la technique de cassation en raison de son rapport aux faits. C'est la raison pour laquelle certains auteurs considèrent que le contrôle de proportionnalité *in concreto* « n'est [...] pas soluble dans la méthodologie que propose actuellement la Cour de cassation »²⁴⁶⁸ et suggèrent de laisser cette question à l'appréciation

²⁴⁶³ H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 251 : elle implique d'examiner si « le contrôle [a] été *justement* effectué, *i.e.* est-ce que les conclusions que les juges du fond ont tirées de la mise en balance des droits et intérêts en cause sont sinon exactes (le contrôle de proportionnalité, pas plus que la fonction de *juridictio* en général, n'est une science exacte), du moins "acceptables" compte tenu des droits et intérêts en présence, des données de l'espèce et du contexte juridique et social dans lequel elle s'inscrit ».

²⁴⁶⁴ C. Brenner, « Les différentes missions... », *art. préc.*, spéc. p. 36 et 37 ; F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*... », *art. préc.* ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 112, p. 190 ; P. Chevalier, « Nouveauté... », *art. préc.*, le juge de cassation n'est pas censé connaître le faits, risque d'instrumentalisation de ce moyen : « le contrôle de conventionnalité implique un examen *in concreto* de la situation incriminée et que la Cour de cassation ne peut connaître du fait » ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 113, p. 193 et 194 : « Tant qu'elle s'en tient au contrôle de conventionnalité *in abstracto* et au contrôle léger dans le cadre du contrôle de conventionnalité *in concreto*, la technique de cassation semble pouvoir rester de mise dans le cadre du contrôle de conventionnalité abstrait comme concret. Mais dès lors qu'elle souhaite exercer un contrôle lourd, c'est-à-dire procéder à une substitution de sa propre appréciation à celle des juges du fond, la tradition légaliste ne se révèle plus parfaitement adaptée à ce nouveau contrôle ». *Contra*, considérant que l'intégration des faits dans le raisonnement est souhaitable : C. Jamin, « Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G* 2015.878.

²⁴⁶⁵ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 113, p. 193 et 194.

²⁴⁶⁶ *Ibid.* : « Tant qu'elle s'en tient au contrôle de conventionnalité *in abstracto* et au contrôle léger dans le cadre du contrôle de conventionnalité *in concreto*, la technique de cassation semble pouvoir rester de mise dans le cadre du contrôle de conventionnalité abstrait comme concret ».

²⁴⁶⁷ P. Chevalier, « Nouveauté... », *art. préc.*

²⁴⁶⁸ F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 2, p. 36 et n° 5, p. 38 : « Il ne s'agit plus de savoir si le raisonnement juridique se doit d'être une balance des intérêts : cette forme de raisonnement n'est pas concevable dans un système juridique légicentriste où c'est la loi qui opère cette balance ». Rejoint la vision précédemment exposée de C. Berthier, *thèse préc.*, n° 113, p. 193 et 194. *Contra* 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 »,

souveraine des juges du fond²⁴⁶⁹. La Cour de cassation semble donc prise dans un conflit entre la nécessité de guider les juges du fond²⁴⁷⁰ et celle de ne pas sortir de son rôle institutionnel. Elle a elle-même engagé une réflexion autour de l'intensité qu'il convient de donner au contrôle du raisonnement des juges du fond sur ce point²⁴⁷¹.

617. Un niveau de contrôle compatible avec le rôle traditionnel de la Cour de cassation : la difficulté liée à la nécessité d'unification du droit sur le territoire. Effectuer le contrôle lourd sans « refaire le contrôle » de la balance des intérêts s'avère délicat²⁴⁷². Cependant, la Cour de cassation a l'obligation de veiller à l'unité du droit sur le territoire et à l'égalité devant la loi²⁴⁷³. Elle se trouve ainsi prise dans un dilemme : en procédant à un contrôle lourd de la balance des intérêts, elle méconnaîtrait son rôle ce qui risquerait de faire d'elle un quasi-troisième degré de juridiction²⁴⁷⁴, au mépris de l'interdiction qui lui est faite de connaître du « fond des affaires » au regard de l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire²⁴⁷⁵. Dans le même temps, pour répondre aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, il semble qu'elle y soit obligée.

618. L'influence de la marge nationale d'appréciation. La force du contrôle peut-elle être mise en relation avec la marge de manœuvre dont bénéficient les États²⁴⁷⁶ ? Dans cette logique, l'intensité du contrôle serait inversement proportionnelle à la marge d'appréciation

in L'accès au juge de cassation, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), Soc. légis. comp., coll. « Colloques », 2015, p. 229 et s., spéc. p. 231 et s. ; C. Fattacini, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité de la Cour de cassation) », *D.* 2015.1734 : l'auteur considère notamment que la décision Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, n'est nouvelle que sur le fond, la Cour de cassation ayant fixé un critère de droit objectif, celui de la durée du mariage pour décider de la disproportion.

²⁴⁶⁹ C. Brenner, « Les différentes missions de la Cour de cassation », *art. préc.*, spéc. p. 39.

²⁴⁷⁰ Sur ce point, v. A. Etienney-de Sainte Marie, « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.* 2020.2405.

²⁴⁷¹ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 9 : elle souhaite « développer une réflexion commune sur les conditions d'exercice du contrôle de conventionnalité et les critères de distinction des contrôles "lourds" et "légers" » et « instaurer, à cette fin, des temps d'échanges entre chambres sur des contentieux transversaux ».

²⁴⁷² H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 251.

²⁴⁷³ F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 13.

²⁴⁷⁴ H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 251 : « la Cour de cassation n'entend pas exercer elle-même le contrôle de proportionnalité : un tel choix serait problématique au sein de l'ordre judiciaire, la Cour devenant une sorte de troisième degré de juridiction jugeant en fait et en droit ; de plus, une telle prétention la mettrait en situation de concurrence directe avec la Cour européenne des droits de l'homme. Selon la Cour de cassation, le contrôle de proportionnalité appartient aux juges du fond. À elle revient la mission d'exercer un contrôle du contrôle. C'est donc l'ordre judiciaire dans son ensemble, juges du fond et juge de cassation, qui prend en charge le contrôle de proportionnalité. Le même travail a d'ailleurs déjà été réalisé, de façon plus discrète mais tout aussi efficace dans l'ordre administratif. » ; A. Lacabarats, « La réflexion... », *art. préc.*, spéc. p. 78 ; *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 37, p. 11 ; H. Fulchiron, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *art. préc.* ; F. Zénati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016.511. Beaucoup d'auteurs font cette remarque et la liste des références n'est pas exhaustive ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 120, p. 204 et 205.

²⁴⁷⁵ F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 12.

²⁴⁷⁶ V. not. P. Ducoulombier, « Contrôle de la conventionnalité des lois... », *art. préc.*

laissée aux États : plus cette dernière serait importante, plus le contrôle serait léger ; plus elle serait restreinte, plus le contrôle serait lourd²⁴⁷⁷. La marge d'appréciation peut-elle devenir un critère pour distinguer le contrôle lourd du contrôle léger²⁴⁷⁸ ? La première chambre civile admet faire varier le niveau de contrôle *in concreto* en fonction de la marge d'appréciation²⁴⁷⁹. Cette prise en compte n'est cependant pas systématique : la Cour de cassation peut effectuer un contrôle lourd, malgré la large marge d'appréciation laissée par la Cour européenne dans le domaine considéré²⁴⁸⁰. Ainsi, elle affirme procéder à un contrôle léger en droit de la filiation, car elle laisse une plus grande place à l'appréciation souveraine des juges du fond en raison de l'importance des éléments factuels²⁴⁸¹. À l'inverse, le contrôle est lourd pour des contentieux tels que le conflit entre la vie privée et la liberté de la presse²⁴⁸². Le contrôle ne serait restreint que pour le contentieux de la nationalité²⁴⁸³. La marge nationale d'appréciation pourrait donc contribuer à éclairer la pratique, mais sans automaticité²⁴⁸⁴. En outre, il n'est pas sûr que le contrôle léger soit considéré par la Cour européenne comme suffisamment poussé, même réservé aux cas dans lesquels la marge d'appréciation est étendue.

619. Contrôle *in concreto* : entre incertitude et contrôle généralement léger. Le contrôle de proportionnalité *in concreto* est donc à l'heure actuelle d'une « intensité variable »²⁴⁸⁵, bien que de nombreux auteurs s'accordent pour constater un contrôle léger²⁴⁸⁶

²⁴⁷⁷ Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, *op. cit.*, p. 7.

²⁴⁷⁸ C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:38:29.

²⁴⁷⁹ S. Canas et R. Le Cotty, « Notes sur l'intensité... », *art. préc.*, spéc. p. 12 : « En cas de contrôle *in concreto*, la première chambre civile fait varier l'intensité de son contrôle selon la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle diffère en fonction des matières concernées et, parfois même, au sein d'une même matière. La mise en œuvre du contrôle implique donc une analyse fine de la jurisprudence européenne et conduit la première chambre civile à moduler, de la même façon, le contrôle qu'elle opère sur les décisions des juges du fond ».

²⁴⁸⁰ C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:23:48.

²⁴⁸¹ S. Canas et R. Le Cotty, « Notes sur l'intensité... », *art. préc.*, spéc. p. 13.

²⁴⁸² *Ibid.*

²⁴⁸³ *Ibid.*

²⁴⁸⁴ C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:37:19 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 307, p. 311 et 312.

²⁴⁸⁵ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 161 et s., p. 252 et s. ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 300 et s., p. 305 et s.

²⁴⁸⁶ H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 251 ; F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:09:20. Et certains appellent à un contrôle lourd dans ce domaine : not. E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 19 ; F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:12:12 : « non pas un contrôle lourd pour revenir subjectivement sur l'appréciation de la disproportion opérée par les juges du fond dans l'espèce, mais un contrôle lourd pour fixer objectivement les contours, puis à l'avenir contrôler le respect des conditions ou situations qui pourraient justifier l'éviction de la loi, non seulement pour le demandeur mais pour tous les justiciables qui se trouveraient dans la même situation », ce qui rejoint l'idée des arrêts-pilotes. C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:38:15 et env. 1 :41:17 : propose de limiter le cas du contrôle lourd à certaines hypothèses définies : en cas de « remise en cause d'une règle fondamentale » ou quand le contrôle conduit à écarter une règle « qu'il n'y a pas lieu d'écarter au regard de la jurisprudence de la Cour européenne ».

de la mise en balance des « intérêts pertinents »²⁴⁸⁷ et des étapes de raisonnement²⁴⁸⁸. En raison de la nouveauté du mécanisme, la méthode est moins figée²⁴⁸⁹. La Cour se contente le plus souvent d'un contrôle axé sur le manque de base légale²⁴⁹⁰. Cependant, certains appellent à faire varier l'intensité selon la liberté considérée, car tous les droits ne font pas l'objet d'une protection égale par la Convention et la Cour²⁴⁹¹. La question de l'intensité du contrôle n'est « pas tranchée »²⁴⁹² et certains affirment que l'intensité du contrôle pourrait « [varier] au sein même du contrôle *in concreto* »²⁴⁹³.

620. Quelques exemples sur le contrôle léger de la balance des intérêts. Plusieurs exemples illustrent la préférence de la Cour de cassation pour un contrôle léger de la balance concrète des intérêts. C'est ainsi que, dans un arrêt du 13 juin 2019, elle énonce : « l'arrêt relève 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 [les adoptées], qui étaient âgées de 22 ans lorsqu'elles ont fait la connaissance [de l'adoptant], 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 ; [...] 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 ; [...] 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 [des adoptées] »²⁴⁹⁴. Ainsi, après avoir énoncé les éléments de fait rentrant dans la discussion, la Cour de cassation exerce un contrôle léger. De même, dans un arrêt du 9 novembre 2016, elle effectue un contrôle léger de la balance des intérêts effectuée par les juges du fond : « l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que l'action [du fils prétendu], majeur depuis le 26 septembre 1980, n'a été engagée que le 12 novembre 2011, de sorte qu'en application des textes susvisés, elle est prescrite ; qu'il retient

²⁴⁸⁷ C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:28:43.

²⁴⁸⁸ *Ibid.*, env. 1 :35 :00.

²⁴⁸⁹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 162, p. 252.

²⁴⁹⁰ *Ibid.*, n° 162, p. 253.

²⁴⁹¹ *Ibid.*, n° 164, p. 255. L'auteur distingue ainsi les facteurs intrinsèques de variation du contrôle, liés au droit considéré (n° 162 et s., p. 253 et s.) des facteurs extrinsèques tels que la marge nationale d'appréciation (n° 164 et s., p. 255 et s.).

²⁴⁹² *Ibid.*, n° 164, p. 256.

²⁴⁹³ F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*... », *art. préc.*, spéc. p. 2089 ; v. également *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, *op. cit.*, p. 6 : « Dès lors que l'inconventionnalité dépend très largement des circonstances de fait du litige, le recours à un "contrôle léger" n'apparaît pas illégitime, si les juges du fond ont bien appliqué la méthodologie du contrôle » et p. 7 : cela rejoint l'analyse des avocats aux Conseils sur ce point.

²⁴⁹⁴ Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100, nous soulignons.

que cette action, qui tend à remettre en cause une situation stable depuis cinquante ans, porte atteinte à la sécurité juridique et à la stabilité des relations familiales, [le père prétendu] étant âgé de 84 ans, marié et père d'une fille ; qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel *a pu en déduire* que la prescription opposée [au fils prétendu] ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale »²⁴⁹⁵. Le même contrôle se constate encore dans l'arrêt de la première chambre civile rendu le 8 décembre 2016 et relatif à l'annulation d'un mariage sur le fondement des articles 161 et 184 du code civil : « l'arrêt relève, d'abord, que [l'épouse] avait 9 ans quand [l'époux] 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 ; qu'il en déduit 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 ; qu'il constate, ensuite, que son union avec [l'époux] n'avait duré que huit années lorsque les [les enfants et beaux-enfants de l'époux] ont saisi les premiers juges aux fins d'annulation ; qu'il relève, enfin, qu'aucun enfant n'est issu de cette union prohibée ; que de ces constatations et énonciations, 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 de [l'épouse], au regard du but légitime poursuivi »²⁴⁹⁶. Dans tous ces exemples, les juges de cassation ne reconstruisent pas la balance des intérêts nécessaire à la solution²⁴⁹⁷.

621. Des cas de contrôle lourd en matière de balance des intérêts. Il arrive toutefois que le contrôle de la balance des intérêts s'apparente à un contrôle lourd²⁴⁹⁸. Ainsi, dans un arrêt du 14 octobre 2020²⁴⁹⁹, la Cour de cassation semble revenir véritablement sur l'arbitrage effectué par les juges du fond²⁵⁰⁰ : « En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations, d'une part, que [l'adoptée], qui connaissait ses origines personnelles, n'était pas privée d'un élément essentiel de son identité, d'autre part, qu[e le père prétendu], puis son héritier, [...] n'avaient jamais souhaité établir de lien, de fait ou de droit, avec elle, de sorte

²⁴⁹⁵ Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, nous soulignons.

²⁴⁹⁶ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

²⁴⁹⁷ Cette pratique ne semble pas systématique, v. par ex. Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, n° 19-15.783 en tant que contrôle lourd du contrôle de proportionnalité, v. A. Zelevic-Duhamel, « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020.2437, n° 12 à 14 et V. Fourment, *thèse préc.*, n° 305 et s., p. 309 et s.

²⁴⁹⁸ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 120, p. 204 et 205 et V. Fourment, *thèse préc.*, n° 305, p. 310.

²⁴⁹⁹ Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, n° 19-15.783.

²⁵⁰⁰ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 120, p. 204 et 205 ; dans le même sens, V. Fourment, *thèse préc.*, n° 305, p. 310.

qu'au regard des intérêts de [l'héritier du père prétendu], de ceux de la famille adoptive et de l'intérêt général attaché à la sécurité juridique et à la stabilité des liens de filiation adoptifs, l'atteinte au droit au respect de la vie privée de [l'adoptée] que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné, la cour d'appel a violé le texte susvisé »²⁵⁰¹. Si la Cour de cassation ne revient pas sur les constatations de fait, elle réexamine sans aucun doute la balance des intérêts et l'appréciation effectuée par les juges pour casser l'arrêt²⁵⁰².

622. Contrôle lourd, contrôle léger et intérêt général. Le débat sur l'étendue du contrôle ne concerne pas l'identification de l'intérêt général. Il n'affecte pas non plus le contrôle abstrait, puisque la Cour estime que le contrôle doit dans ce cas être lourd. La seule incertitude concerne donc la mise en œuvre de l'intérêt général concret. Son maniement et l'importance qui lui est donnée devant la Cour de cassation sont intimement liés à l'influence du contrôle de proportionnalité *in concreto*.

623. Conclusion de la section. Le contrôle de l'intérêt général doit s'intégrer dans la technique de cassation afin de guider les juges du fond dans sa mise en œuvre. La Cour de cassation doit donc mettre les cas d'ouverture à cassation au service de l'examen de l'identification et de la mise en œuvre de cette limite, afin de l'intégrer définitivement au raisonnement et de la rendre indispensable à l'application des droits fondamentaux.

624. Conclusion du chapitre. La mise en œuvre de la réserve d'intérêt général par le juge et emporte deux séries d'effets sur les sources du droit. Tout d'abord, elle modifie les rapports entre le juge et le législateur, ce qui est accentué par l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme qui semble amoindrir la marge nationale d'appréciation du législateur pour la déplacer vers le juge. Le juge, en contrôlant superficiellement l'intérêt général, devient en quelque sorte un arbitre des intérêts qui le rapproche du positionnement d'un « co-législateur ». Tout se passe comme si finalement, il était désormais doté d'un pouvoir modérateur général, qui fait craindre à certains la montée du « gouvernement des juges » et du jugement en équité. La prise en compte de la limite d'intérêt général tend également à modifier les rapports entre la Cour de cassation et les juges du fond. Cette dernière doit adapter ses méthodes pour guider les juges dans la mise en œuvre de cette limite, sans toutefois sortir de

²⁵⁰¹ Sur l'identification d'un contrôle lourd, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 120, p. 204 et 205 et V. Fourment, *thèse préc.*, n° 305, p. 310.

²⁵⁰² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 120, p. 205 : la Cour de cassation « substitue son appréciation » à celle des juges du fond. Sur la pratique d'un contrôle lourd : V. Fourment, *thèse préc.*, n° 305, p. 310.

son rôle de juge du droit. Pour cela, certains cas d'ouverture à cassation peuvent être employés, mais peut-être faudra-t-il innover pour intégrer toutes les implications ces nouvelles pratiques.

625. Il convient désormais de s'intéresser aux effets de la prise en compte de l'intérêt général sur les solutions.

CHAPITRE 2 : LES EFFETS SUR LE FOND DU DROIT

626. La place de l'intérêt général substantiel. Les textes relatifs aux droits fondamentaux ont prévu, dans une très large mesure, la possibilité pour l'État de limiter au moyen d'enjeux d'intérêt général. L'application de ces textes devant le juge judiciaire conduit ainsi à l'apparition de la limite d'intérêt général dans le raisonnement du juge. Ce phénomène s'accompagne d'une diminution corrélative de l'importance de l'intérêt général, qui n'était auparavant jamais discuté. Les effets substantiels sont davantage liés à la mise en œuvre du contrôle de l'intérêt général. Du point de vue des solutions, ce phénomène appelle deux séries de questions.

627. Tout d'abord, quelle influence la pesée de l'intérêt général avec les intérêts particuliers a-t-elle sur les solutions en droit civil ? La remise en cause de la règle générale au regard des intérêts particuliers entraîne-t-elle des modifications substantielles de solutions ? Ensuite, qu'en est-il de l'intérêt général substantiel ? Dit autrement, est-ce l'intérêt général au sens formel qui se trouve en perte de vitesse ou sont-ce les enjeux d'intérêt général *par nature* qui ne trouvent plus grâce aux yeux des tribunaux ? La faible prise en compte de l'intérêt général par le juge est-elle purement formelle ou également substantielle ? Quels sont aujourd'hui les enjeux d'intérêt général qui trouvent grâce aux yeux des juges ?

628. Moins une fondamentalisation du droit qu'une prise en compte accrue des intérêts particuliers. Il est classique aujourd'hui de parler de « fondamentalisation » du droit²⁵⁰³ pour décrire le développement des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, entraînant parfois des modifications substantielles dans les solutions²⁵⁰⁴. Le professeur François Chénéde préfère l'expression de « juridicisation des droits fondamentaux »²⁵⁰⁵, qui selon lui reflète mieux la réalité du phénomène. Cependant, il semble que ce ne soit pas tant les droits fondamentaux, que la prise en compte d'intérêts, parfois

²⁵⁰³ B. Girard, *thèse préc.* ; V. Allegaert, *thèse préc.* ; R. Dumas, *thèse préc.* ; A. Latil, *thèse préc.* ; A.-S. Siew-Guillemin, *thèse préc.* ; C. Drouiller, *thèse préc.*, not. n° 11, p. 26 et s. Quelques articles, dossier *La fondamentalisation du droit*, *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015 : W. Dross, « La fondamentalisation du droit des biens », p. 45 et s. ; F. Chénéde, « Brèves remarques sur la “fondamentalisation” du droit de la famille », p. 41 et s. ; T. Piazzon, « Le droit de la consommation et la fondamentalisation du droit », p. 84 et s. ; J. Mouly, « La fondamentalisation du droit du travail », p. 93 et s. ; M. Mekki, « La fondamentalisation du droit de la preuve... », *art. préc.* ; S. Amrani-Mekki, « La fondamentalisation du droit du procès », p. 72 et s. ; G. Loiseau, « La fondamentalisation du droit des personnes », p. 37 et s. ; F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats : discours et réalité », p. 51 et s. ; J.-P. Marguénaud, « La fondamentalisation du droit privé », p. 33 et s.

²⁵⁰⁴ V. A. Debet, *thèse préc.*

²⁵⁰⁵ F. Chénéde, « Brèves remarques... », *art. préc.*, spéc. p. 41 et 42. V. déjà V. Allegaert, *thèse préc.*, n° 4, p. 20 qui parlait quant à elle de « judiciarisation » des droits fondamentaux.

contraires à la loi, qui entraîne des changements de solutions²⁵⁰⁶. La proportionnalité a en effet pour conséquence principale de mettre en balance les intérêts afin de faire primer celui qui semble le plus légitime en fonction des circonstances²⁵⁰⁷. Les droits fondamentaux n'apparaissent finalement que comme un prétexte, un outil de cette revendication d'intérêts²⁵⁰⁸. C'est donc paradoxalement avec son apparition dans le débat que l'intérêt général s'affaiblit, puisque son respect ne va plus de soi.

629. Une forme d'instrumentalisation des droits fondamentaux. La fondamentalisation ne viendrait donc pas tant de l'intrusion des droits fondamentaux dans le droit, mais plutôt de celle d'intérêts autres que ceux explicitement protégés par la règle. Les droits fondamentaux ne seraient finalement que le vecteur permettant de donner corps à ces intérêts particuliers²⁵⁰⁹, jusqu'ici peu pris en compte par le droit, puisqu'ignorés par la loi. Les droits fondamentaux deviendraient le masque des intérêts particuliers, désormais mis en balance avec un intérêt général, qui n'est pris en compte dans la discussion qu'au même titre que tous les autres intérêts en présence²⁵¹⁰. Les droits fondamentaux subissent donc une

²⁵⁰⁶ Un tel phénomène est visible y compris dans les raisonnements d'auteurs qui se félicitent de ce phénomène : v. S. Le Gac-Pech, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *Dr. civ.*, n° 153, 1^{er} nov. 2017. Il est possible de faire le lien avec la « contractualisation » du droit de la famille, v. L. Leveneur, « Introduction », in *La contractualisation du droit de la famille*, D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), Economica, 2001, p. 1 et s., spéc. p. 10, l'auteur fait le lien entre la contractualisation et la prise en compte des intérêts. Ce phénomène est lié aux droits de l'homme, v. J.-P. Marguénaud, « Aperçu comparatif : les droits de l'homme », in *La contractualisation du droit de la famille*, D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), Economica, 2001, p. 231 et s.

²⁵⁰⁷ S. Le Gac-Pech, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *art. préc.*, spéc. p. 49.

²⁵⁰⁸ F. Chénéde, « Brèves remarques... », *art. préc.*, spéc. p. 41 : « Chacun invoque sa *liberté de...ou son droit à...* au soutien de ses revendications individuelles ou communautaires. [...] Les souhaits des uns entrent alors en conflit avec les intérêts des autres. [...] Et à ce conflit de droits privés, il faut encore ajouter la tension qui ne manque pas d'apparaître entre les aspirations individuelles et les exigences sociales, que l'on qualifie, au gré des époques et des écoles, de "bien commun" ou d'"intérêt général" » ; G. Loiseau, « La fondamentalisation du droit des personnes », *art. préc.*, spéc. p. 39 : « fondamentalité [servirait] [...] d'appât pour valoriser des droits dont certains revendiquent la reconnaissance » ; J.-P. Marguénaud, « La fondamentalisation du droit privé », *art. préc.*, spéc. p. 33, parle de la « conversion en droits subjectifs des moindres désirs » (il est à noter que l'auteur n'adhère probablement pas à cette vision qu'il caricature par cette formulation).

²⁵⁰⁹ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 26, p. 187 : « hier cantonnés à la protection des personnes privées contre l'arbitraire des pouvoirs publics, les droits de l'homme sont aujourd'hui instrumentalisés, au mépris de leur véritable raison d'être, pour la promotion de désirs individuels contre la volonté générale » ; v. aussi F. Chénéde, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée*... », *art. préc.*, n° 8, l'auteur parle des « *desiderata* ». Nous préférons parler « d'intérêts » que de « désirs ».

²⁵¹⁰ Il convient de signaler l'ambiguïté, dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme entre la notion de droits et d'intérêts, démontrée par P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 67 et s., p. 41 et s. La Cour tend en effet à les considérer comme « synonymes » (*ibid.*, n° 74, p. 43). L'utilisation de la proportionnalité et de la balance des intérêts accentuent ce phénomène (*ibid.*, n° 74 et s., p. 43 et s.). Cette « confusion sémantique » n'est selon l'auteur, pas forcément « innocente » (*ibid.*, n° 94 et s., p. 56 et s.) : « l'utilisation du terme d'intérêt par la Cour européenne recouvre [...] deux réalités différentes : la confusion de l'intérêt général avec la défense de droits particuliers et la substitution de la mention de l'intérêt privé à celle de droit individuel ». Ainsi, cela « traduirait une place grandissante des faits dans l'analyse juridique » pour la « recherche de l'intérêt le plus légitime » (*ibid.*, n° 102, p. 63). Sur la différence entre les droits et les intérêts, v. aussi A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961,

instrumentalisation²⁵¹¹ : d'un outil de protection institutionnelle des libertés présent dans les Constitutions des États et traités internationaux pour lutter contre les dérives arbitraires, ils deviennent aujourd'hui des instruments de revendication d'intérêts ignorés par le droit positif²⁵¹². Ce ne sont donc pas tant les droits fondamentaux qui posent des difficultés, mais plutôt l'utilisation qui en est faite par le juge²⁵¹³. On peut ainsi se demander si ce n'est pas plutôt la prise en compte des intérêts particuliers, davantage que des droits fondamentaux, qui est à l'origine de ce phénomène. Tout se passe en effet comme si le contentieux se « polarisait » autour des intérêts particuliers.

p. 241 et s., et plus spécifiquement sur la question des droits fondamentaux : B. Girard, *thèse préc.*, n° 143, p. 151 et n° 290, p. 303. Sur les droits fondamentaux comme sources de droits subjectifs, question qui ne sera pas développée ici car elle s'éloigne trop de l'objet de l'étude, v. Y. Lequette, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, LexisNexis, p. 171 et s., n° 19, p. 188 ; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 122 et s. ; A.-C. Aune, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. A. Leborgne, PUAM, 2007, n° 27, p. 26 ; S. Le Gac-Pech, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *art. préc.*, spéc. p. 49. V. aussi M. Pichard, *thèse préc.*, n° 187 et s., p. 245 et s. et J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, v° « Les droits subjectifs », n° 14, p. 227 et s. Sur la différence entre les droits « subjectifs », et les droits « objectifs », en tant que « permet[ant] seulement d'obtenir que le comportement d'autres personnes respecte les règles protectrices de ces intérêts non érigés en droits subjectifs de leur titulaire et ne leur soit pas illégalement nuisible », v. A. Gervais, « Quelques réflexions... », *art. préc.*, n° 1, p. 246 et M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 49 et s., spéc. p. 50. Sur l'élargissement de la sphère des intérêts juridiques protégés, v. J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. « Liber amicorum », 2008, p. 145 et s. Certains auteurs constatent la tendance des juges à rechercher l'intérêt le plus légitime : L. Benezech, *thèse préc.*, n° 817 et s., p. 430 et s. et n° 823, p. 432 : l'auteur se réfère à la jurisprudence pour parler de la prise en compte des différents intérêts « en présence », v. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-22.183, qui évoque dans sa solution les « intérêts antinomiques en présence » pour inviter les juges du fond à se prononcer sur l'exercice d'un droit à la preuve ; de même dans les arrêts Com., 24 mai 2018, n° 17-27.969 et Com., 4 juill. 2018, n° 17-10.158. Il est éloquent de noter que les juges parlent ouvertement d'« intérêts » et non de droits. De même, L. Benezech, *thèse préc.*, n° 845, p. 443 parle pour la résolution des conflits entre les droits fondamentaux du souci des juges de privilégier « l'intérêt le plus légitime », v. Civ. 1^{re}, 11 juill. 2018, n° 17-22.381 et Civ. 1^{re}, 9 juill. 2003, n° 00-20.289. En matière de conflit entre la liberté d'expression et la vie privée, la jurisprudence se fonde désormais sur les article de la Convention européenne : l'arrêt Civ. 2^e, 8 juill. 1981, n° 80-12.286 et 80-13.079 rendu au seul visa de l'article 9 du code civil ; puis l'arrêt Civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, n° 04-16.706 est rendu aux visas des articles 9 du code civil et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et enfin l'arrêt Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 16-28.741, est rendu aux triples visas des articles 9 du code civil, 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour des commentaires sur l'évolution de ces fondements, v. *infra*, n° 755 et s. La Cour de cassation utilise donc désormais les articles de la Convention pour régler directement les conflits entre ces droits : sur ce point, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 272 et s., p. 181 et s.

²⁵¹¹ V. déjà V. Allegaert, *thèse préc.*, n° 93, p. 127 ; v. aussi F. Chénéde, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée*... », *art. préc.*, n° 6, qui parle de « l'instrumentalisation aristocratique » effectuée par les juges de la Cour européenne avec les droits de l'homme. V. aussi A.-C. Aune, *thèse préc.*, p. 251 et s. et E. Dreyer, « la fonction des droits fondamentaux... », *art. préc.*, n° 24 et s.

²⁵¹² F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 26, p. 187 : « hier cantonnés à la protection des personnes privées contre l'arbitraire des pouvoirs publics, les droits de l'homme sont aujourd'hui instrumentalisés, au mépris de leur véritable raison d'être, pour la promotion de désirs individuels contre la volonté générale » ; v. aussi F. Chénéde, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée*... », *art. préc.*, n° 8, l'auteur parle des « *desiderata* ». Nous préférons parler « d'intérêts » que de « désirs ». V. aussi E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1527, p. 888.

²⁵¹³ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1527, p. 888.

630. L'évolution des solutions en raison de l'inclusion des intérêts particuliers à travers les droits fondamentaux. La plupart des évolutions de solutions constatées dans le cadre de la « fondamentalisation » du droit semblent s'expliquer par l'essor des droits fondamentaux. Cependant, le phénomène est probablement plus complexe que cela. Dans la mesure où l'intérêt général est la limite acceptable aux droits fondamentaux, et où tous les recours sur le fondement des droits fondamentaux ont pour objet, directement ou indirectement, de remettre en cause une action étatique fondée sur l'intérêt général, c'est par la balance des intérêts, qui permet de matérialiser l'affrontement entre ces deux impératifs contraires, que la jurisprudence relative aux droits fondamentaux se développe. Dit autrement, beaucoup d'évolutions de solutions liées à la « fondamentalisation » du droit ne sont en réalité que la manifestation de la portée des intérêts particuliers invoqués face à l'intérêt général.

631. À l'analyse, il semble que les solutions aient été dans l'ensemble assez peu modifiées²⁵¹⁴. À l'exception de certains exemples assez spectaculaires par leur ampleur mais rares dans leur fréquence, il semble que les modifications de solutions demeurent pour l'instant minoritaires. La matière contractuelle en est une illustration éclatante : par l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public, elle montre l'effet imité sur les solutions qu'entraîne l'absorption d'intérêts particuliers par l'intérêt général. Les autres matières du droit civil, et plus largement du droit privé, qui donnent davantage lieu à la confrontation entre l'intérêt particulier et l'intérêt général, comptent quelques évolutions plus notables (**section 1**).

632. La pratique jurisprudentielle révèle une faible influence des enjeux d'intérêt général dans les litiges. Tout d'abord, les enjeux qui se rattachent historiquement à l'intérêt général au sens purement substantiel, rattaché à l'intérêt public, semblent faiblement pris en compte par le juge. Les enjeux moraux et financiers en sont un exemple. Pourtant, lorsque l'intérêt particulier revêt les atours de l'intérêt général, il rencontre un certain succès devant les tribunaux : c'est le cas de la mise en œuvre du « débat d'intérêt général » pour protéger la liberté d'expression en matière de presse. Ainsi, tout en empruntant la force rhétorique de l'intérêt général, l'intérêt particulier semble emporter la conviction du juge avec davantage de facilité que les enjeux à coloration plus collective (**section 2**).

²⁵¹⁴ Pour un constat proche, v. A. Debet, *thèse préc.*

SECTION 1 : DES EFFETS AVÉRÉS LIMITÉS SUR LES SOLUTIONS

633. Le premier terrain d'observation de l'effet de la confrontation entre les droits fondamentaux et l'intérêt général est la matière contractuelle. L'ordre public contractuel intègre désormais les droits fondamentaux comme outil de contrôle du contrat. Les droits et libertés, revêtus de l'intérêt général à travers l'ordre public, réaffirment leur place dans l'examen des conventions. Si les effets sont pour l'instant limités, il n'est pas exclu qu'ils prennent de l'ampleur si le phénomène s'accroît (§1).

634. En dehors de la matière contractuelle, les solutions semblent plus enclines à évoluer : on compte quelques exemples de modification substantielle liée à la confrontation entre l'intérêt général et l'intérêt particulier au moyen des droits fondamentaux (§2).

§1. LA MATIÈRE CONTRACTUELLE ET LES EFFETS DU NOUVEAU CONTENU

DE L'ORDRE PUBLIC

635. La valorisation des intérêts particuliers au moyen de l'intérêt général : l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public. L'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public contractuel constitue un bon exemple de la valorisation des intérêts particuliers au moyen de l'intérêt général. En effet, l'ordre public constitue l'exemple le plus classique de la mise en œuvre de l'intérêt général par le juge judiciaire²⁵¹⁵. Le contrôle du contrat illustre singulièrement l'intégration des intérêts particuliers dans l'intérêt général au moyen des droits fondamentaux. L'ordre public devient ainsi le vecteur d'intérêts particuliers à travers l'usage des droits fondamentaux comme limite à la liberté contractuelle.

636. Lien entre contrat et intérêts. Le contrat est le lieu par excellence de l'expression des intérêts particuliers et de la subjectivité juridique des personnes privées²⁵¹⁶. Il représente un équilibre issu de l'arbitrage entre les intérêts des différentes parties, d'une part, et l'ordre public, d'autre part. À travers la liberté contractuelle, le droit donne aux parties un espace juridique de manifestation de leurs intérêts²⁵¹⁷. Un contrat légal et satisfaisant est la synthèse des contraintes dictées par la loi et des intérêts défendus par les parties.

²⁵¹⁵ V. *supra*, n° 520 et s.

²⁵¹⁶ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 1122 et 1123, p. 677 dit que le contrat est une « technique de conciliation des intérêts » et un « facteur d'autonomie ».

²⁵¹⁷ V. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé, op. cit.*, v° « Le contrat », 7.14, p. 437 ; J. Ghestin, *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, coll. « Quadrige », v° « Contrat », p. 276 et s., spéc. p. 278.

637. Intérêt général et droits fondamentaux ; ordre public et liberté contractuelle. L'ordre public constitue un enjeu d'intérêt général, que le juge judiciaire a l'habitude de manier²⁵¹⁸. Le conflit entre l'ordre public et la liberté contractuelle est finalement une bonne métaphore du conflit entre les droits fondamentaux et l'intérêt général²⁵¹⁹ ; dans le contrat, l'ordre public est à la liberté contractuelle ce que l'intérêt général est aux droits fondamentaux dans l'ensemble de la société. C'est ce qu'exprime le texte de l'article 6 du code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La logique de ce texte apparaît similaire à celle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « la liberté contractuelle [...] est tenue pour un postulat général et incontestable si bien que seules méritaient d'être expressément explicitées les limitations »²⁵²⁰. Il matérialise ainsi le « conflit entre la volonté générale, la loi, et la volonté des particuliers »²⁵²¹. Le contrat oppose ainsi l'ordre public – et par conséquent l'intérêt général – à la liberté contractuelle²⁵²². Avec l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public, le paradigme du conflit entre l'intérêt général et les droits fondamentaux dans le contrat évolue.

638. Force est de constater qu'en l'état du droit positif, les solutions ont peu changé avec l'invocation des articles de la Convention européenne des droits de l'homme en matière contractuelle²⁵²³ (A). Deux raisons peuvent expliquer cette faible influence du phénomène sur les solutions : d'abord le lien naturel qui unit le contrat et les intérêts, ensuite l'habitude qu'a la Cour de cassation de manier l'ordre public dans le contrat, y compris dans un contexte de défense des droits fondamentaux. Cependant, certaines solutions contiennent en germe des effets potentiels qu'il convient de signaler (B).

A. Un nouveau contenu pour l'ordre public : la prise en compte des intérêts particuliers par l'ordre public

639. Utiliser les droits fondamentaux comme limite à la liberté contractuelle revient à intégrer les droits fondamentaux dans l'ordre public²⁵²⁴. Il s'agit donc d'une manifestation de

²⁵¹⁸ V. *supra*, n° 520 et s.

²⁵¹⁹ En particulier depuis la constitutionnalisation de la liberté contractuelle qui en fait officiellement un droit fondamental : v. A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 4 ; E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 73 et s., p. 56 et s. et n° 106, p. 78 ; Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC (v. E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 80, p. 61). V. aussi L. Maurin, *thèse préc.*, n° 115 et s., p. 107 et s.

²⁵²⁰ A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 9.

²⁵²¹ L. Julliot de La Morandière, *La notion d'ordre public...*, *op. cit.*, p. 39.

²⁵²² A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 4.

²⁵²³ E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 691, p. 392 : l'auteur constate l'apparition d'un « nouveau droit commun des contrats », qui modifie les méthodes sans nécessairement bouleverser les solutions.

²⁵²⁴ *Ibid.*, n° 646, p. 365 : décrit « la réception des droits fondamentaux par les clauses générales du droit privé », telles que la bonne foi, l'ordre public, l'équité et l'abus de droit (n° 654, p. 370). V. aussi n° 649 et s., p. 367 et s.

la protection d'intérêts particuliers à travers l'ordre public, et par conséquent, à travers l'intérêt général. Le contrôle du contrat au regard de l'ordre public constitue l'une des manifestations les plus anciennes et les plus classiques du maniement de l'intérêt général par le juge judiciaire²⁵²⁵. L'intégration des articles de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contrôle du contrat semble symptomatique de la prise en compte accrue des intérêts particuliers, y compris au moyen d'enjeux d'intérêt général tels que l'ordre public.

640. L'ancienneté du contrôle au regard des droits et libertés. Le contrôle des clauses contractuelles au regard des droits et libertés fondamentaux n'est toutefois pas apparu avec la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge judiciaire contrôlait les clauses contractuelles bien avant l'intégration des droits fondamentaux par l'ordre public²⁵²⁶. Ainsi par exemple, avant l'apparition des contrôles de conventionnalité et de proportionnalité, la clause interdisant le mariage d'une salariée fit l'objet d'une censure, sur le fondement d'une liberté de la personne protégée au moyen de l'ordre public²⁵²⁷. L'ordre public comprenait donc déjà la protection de certains droits et libertés fondamentaux. Leur contrôle dans le contrat existait bien avant l'essor de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient donc de relativiser cet « ordre public nouveau »²⁵²⁸.

Elle considère même que les droits fondamentaux se « substituent » à l'ordre public (n° 664, p. 375). C'est l'effet « attractif » du contrat sur les droits fondamentaux (n° 579 et s., p. 331 et s.).

²⁵²⁵ V. *supra*, n° 520 et s.

²⁵²⁶ À la différence du contrôle de la validité de l'ensemble du contrat, qui ne se fondait pas sur les droits fondamentaux : C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 153 et s., p. 151 et s. V. par ex. : Civ., 27 déc. 1945, *Gaz. Pal.* 1946.1.88 : les juges estimèrent que le bail de l'immeuble constituant les locaux d'une maison de tolérance devait être anéanti et ne pouvait servir de fondement ni à une indemnité d'éviction pour le preneur, ni à une indemnité d'occupation pour le bailleur et d'annuler également le contrat d'assurance pour de tels locaux : Req., 4 mai 1903, *Gaz. Pal.* 1903.2.394. Bien que les considérations morales aient aujourd'hui changé – un contrat de courtage matrimonial ne saurait aujourd'hui être annulé pour la seule raison qu'il a été conclu avec une personne mariée (Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114). Le contrôle de la globalité du contrat pour des raisons morales existe toujours ; pour preuve l'arrêt du 29 octobre 2014 qui avait pour objet l'assurance de la fameuse exposition *Our Body/À corps ouvert* : « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société [...] avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul » (Civ. 1^{re}, 29 oct. 2014, n° 13-19.729).

²⁵²⁷ CA Paris, 30 avr. 1963, *D.* 1963.428, v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 155, p. 152 : « la liberté du mariage doit, en principe, être sauvegardée et, [...] à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité ». V. aussi : Soc., 7 févr. 1968, *Bull. civ.* V, n° 86, v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 155, p. 153 : les juges avaient considéré qu'étant donné que « le mariage ne la mettait pas nécessairement dans l'impossibilité d'exécuter de manière normale les stipulations de son contrat de travail », la clause ne pouvait être justifiée.

²⁵²⁸ J. Rochfeld, « CEDH et interprétation des contrats en droit privé », *RDC* 2005.645, spéc. p. 650. *Contra*, constatant également une évolution du régime, caractérisée par « affaiblissement de l'impérativité de l'ordre public », C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 201 et s., p. 193 et s. et n° 220, p. 209. Cela entraînerait également un

641. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public. L'inauguration du contrôle des clauses contractuelles par la Cour européenne des droits de l'homme exerça cependant une grande influence sur l'intégration des droits fondamentaux conventionnels dans l'ordre public. La Cour européenne se montrait traditionnellement réticente au contrôle des clauses contractuelles car elle prétendait se limiter à l'examen de l'activité étatique²⁵²⁹. L'affaire *Pla et Pucernau contre Andorre*, où elle exerça un contrôle sur des clauses testamentaires²⁵³⁰, fit évoluer cette position. Procédant à l'interprétation de la clause au regard de la lecture combinée des articles 8 et 14 de la Convention, la Cour permit ainsi la limitation de la liberté contractuelle par les droits fondamentaux²⁵³¹. Elle réitéra l'exercice de l'examen du contrat dans un arrêt *Richet et Le Bert contre France*²⁵³². Par sa pratique, la Cour européenne des droits de l'homme encourage la mise

affaiblissement des droits fondamentaux (*ibid.*, n° 215 et 216, p. 204 à 206), par opposition à la règle d'ordre public à laquelle il sera impossible de déroger dans l'enceinte de son champ d'application (*ibid.*, n° 217, p. 206).

²⁵²⁹ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 163, p. 162.

²⁵³⁰ *Ibid.*, n° 164, p. 163, v. CEDH, 15 déc. 2004, *Pla et Pucernau c. Andorre*, n° 69498/01.

²⁵³¹ Il était question d'une substitution fidéicommissaire, soit une disposition entre vifs, interdite en droit français par l'article 896 du code civil, « par laquelle le disposant charge la personne gratifiée de conserver toute sa vie les biens à elle donnés ou légués en vue de les transmettre à son décès à une autre personne (dite appelée) désignée par le disposant lui-même » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Substitution », p. 1000). La clause stipulait que « celui qui deviendra héritier devra obligatoirement transmettre la succession à un fils ou à un petit-fils d'un mariage légitime et canonique », ce qui revenait à une sorte de libéralité graduelle (CEDH, 15 déc. 2004, *Pla et Pucernau c. Andorre, préc.*, §17). La question se posait de savoir si un enfant adopté pouvait être qualifié d'« enfant issu d'un mariage légitime et canonique » (*même arrêt*, §18), thèse soutenue par les requérants déboutés par les tribunaux d'Andorre comme contraire à la volonté testamentaire. Le recours contestait donc cette interprétation du testament, considérée comme instituant une discrimination entre les enfants adoptés et les enfants non adoptés, en violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention. Le Gouvernement alléguait que la loi nationale n'est pas en cause et qu'une stipulation testamentaire est discriminatoire par définition (§40). Bien que la Cour admette que l'ingérence ne résultait pas de l'activité étatique (§44 et 45), elle propose cependant sa propre interprétation du testament : « la lecture du testament ne permet pas de déduire que la testatrice souhaitait exclure du bénéfice de la succession un éventuel petit-fils adoptif. La Cour conçoit qu'elle aurait pu le faire ; puisqu'elle ne l'a pas fait, l'unique conclusion possible et logique est qu'elle n'a pas souhaité le faire » (§58), quand bien même elle « [ne serait] pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés » (§59), elle souligne que « dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention » (§59). Une violation des articles 8 et 14 combinés est ainsi qualifiée par la Cour qui condamne Andorre, inaugurant le contrôle des clauses contractuelles au regard des droits fondamentaux (C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 162 et s., p. 158 et s ; *contra v. L. Maurin, thèse préc.*, n° 167, p. 144 et n° 168, p. 145 qui considère en effet qu'il ne faut pas pour autant en déduire une possibilité de contrôle systématique des contrats au regard des droits fondamentaux, notamment en application de l'adage *de minimis non curat praetor*).

²⁵³² Dans lequel les requérants faisaient grief à l'État de leur avoir refusé un permis de construire après avoir acquis une partie des terrains qu'ils possédaient sur l'île de Porquerolles à la condition du maintien de la constructibilité du reste des parcelles : CEDH, 18 févr. 2011, *Richet et Le Ber c. France*, n° 18990/07 et 23905/07, v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 166, p. 165. La Cour est ainsi sollicitée pour examiner la clause d'une vente qui garantissait la constructibilité de terrains, sous réserve de l'évolution ultérieure des règles d'urbanisme, qui empêchèrent justement les requérants de réaliser leur projet de construction. La Cour examine la clause et d'une part admet l'existence d'un bien au sens de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention, matérialisé par le droit de construire sur le terrain leur appartenant. Elle estime que le refus des permis de construire, même en

en place d'un « ordre public contractuel » fondé sur les droits fondamentaux²⁵³³ et participe à « l'horizontalisation » des droits fondamentaux²⁵³⁴.

642. Les nouveaux enjeux de l'ordre public. Aujourd'hui, l'ordre public évolue à la fois dans son contenu et dans sa source par l'intégration des droits fondamentaux. La prise en compte d'enjeux d'ordre public issus du droit international, et en particulier de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁵³⁵, mais également de la « constitutionnalisation » du contrat²⁵³⁶, bousculent les règles de référence dans lesquelles il s'inscrit. S'il est classique de diviser le contenu de l'ordre public en deux grandes catégories de règles, celles qui intéressent l'économie et celles qui concernent les droits et libertés²⁵³⁷, la nouveauté réside dans le « contenu axiologique »²⁵³⁸ désormais « fondamentalisé »²⁵³⁹ de l'ordre public²⁵⁴⁰. Ce phénomène donne une nouvelle orientation au contrat, plus axé sur la protection de la personne²⁵⁴¹.

643. Droits fondamentaux et ordre public : une association paradoxale ?
L'absorption des droits fondamentaux par l'ordre public pour apprécier le contenu du contrat

adéquation avec la législation, donne droit aux requérants à une compensation de la part de l'État. Ainsi, elle ne se contente pas de se prononcer sur la qualification des termes d'une clause ; elle en déduit également les effets produits. Elle va ainsi jusqu'au contrôle de l'exécution des obligations contractuelles (C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 166, p. 166).

²⁵³³ F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 6, p. 39.

²⁵³⁴ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 165, p. 259 ; C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 13, p. 29 et 30 ; F. Sudre, *J.-Cl. Eur. Traité, préc.*, n° 100 et s. Sur la fondamentalisation du droit des contrats : F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats. », *art. préc.* ; N. Blanc, « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 29 avr. 2015, n° 119-120, p. 3 et s., n° 5.

²⁵³⁵ Y. Lequette, « Ouverture », *art. préc.* ; P. Catala, « À propos de l'ordre public », *art. préc.* ; B. Louvel, « Propos introductifs », colloque *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, 24 févr. 2017, site Internet C. cass., p. 3 et s., et plus largement les autres interventions de ce colloque ; A. Gouëzel, *J.-Cl. Civil Code, préc.*, n° 13 et 14.

²⁵³⁶ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 414, p. 251.

²⁵³⁷ D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes... », *art. préc.*, n° 27, p. 512 : l'auteur fait même une distinction tripartite entre « l'ordre public politique, [...] organisation démocratique de la société », l'« ordre public économique » en tant que « direction de l'économie [...] protection de tels ou tels intérêts particuliers » et enfin l'« ordre public philanthropique » qui protège « la personne, dans son statut individuel et relationnel ». Il est plus fréquent que la distinction se limite à l'ordre public des droits et libertés par opposition à l'ordre public de régulation économique : v. not. J.-F. Romain, « L'ordre public et les droits de l'homme », in *L'ordre public – Concept et applications*, N. Watté (dir.), Bruylant, 1995, p. 5 et s., spéc. p. 59 ; M. Mekki, *thèse préc.*, n° 446 et 447, p. 275 : composante « néo-libérale » et une composante « humaniste » fondée sur la dignité humaine elle-même divisée entre un aspect « statique » constitué par la protection de l'intégrité physique et un aspect « dynamique » (n° 446 et 447, p. 275 ; n° 593, p. 362).

²⁵³⁸ E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 1365, p. 804.

²⁵³⁹ *Ibid.* ; J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. « Liber amicorum », p. 835 et s., n° 13, p. 851.

²⁵⁴⁰ Sur l'apparition d'un ordre public immatériel en droit privé, v. E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 1579, p. 919.

²⁵⁴¹ R. Cabrillac, « Droits fondamentaux et notion de contrat », in *Contrats et droits fondamentaux*, colloque Univ. Avignon, D. Costa et A. Péliissier (dir.), PUAM, 2011, p. 121 et s., spéc. p. 126.

peut sembler paradoxale²⁵⁴². L'ordre public est en effet souvent perçu comme un outil permettant de « limiter les libertés individuelles au nom de l'intérêt général »²⁵⁴³, par opposition aux droits fondamentaux, qui « seraient des prérogatives reconnues aux individus en tant qu'hommes et qu'ils pourraient opposer, entre autres, à la puissance publique »²⁵⁴⁴. Par conséquent « tandis que le premier viserait à la défense de l'ordre social, de l'intérêt général, les seconds viendraient concrétiser les aspirations individuelles »²⁵⁴⁵. Ainsi, les deux notions seraient porteuses d'enjeux opposés : l'une viserait la défense de l'intérêt de l'ensemble de la société, et l'autre, la défense des individus²⁵⁴⁶. Toutefois, dans une vision substantielle des choses, l'ordre public et les droits fondamentaux n'ont pas vocation à s'affronter, bien au contraire²⁵⁴⁷. En effet, « dans une acception substantielle, l'ordre public doit s'entendre comme l'ensemble des valeurs sociales essentielles qu'une communauté se donne » ; or, ce sont « précisément, les droits fondamentaux [qui] participent aujourd'hui de ces valeurs essentielles qui nécessitent une protection particulière »²⁵⁴⁸. Ainsi, « les points de rencontre entre l'ordre public et les droits fondamentaux paraissent [...] nombreux »²⁵⁴⁹ : ils « partagent une même finalité » d'« élément modérateur des ardeurs contractuelles »²⁵⁵⁰. À défaut d'identité « fonctionnelle », ils partagent une identité « conceptuelle »²⁵⁵¹. Désormais considérés comme des « fondements du droit » en raison de leur « dimension sociale »²⁵⁵² et de leur « nature axiologique »²⁵⁵³, les droits fondamentaux « intègrent » assez logiquement « l'ordre public »²⁵⁵⁴. L'ordre public ayant pour vocation d'accueillir les « fondements du droit »²⁵⁵⁵, il

²⁵⁴² C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 2, p. 16 : « cette association peut sembler bien singulière tant les deux notions apparaissent à première vue antagonistes » ; P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 254, p. 157 : « Si l'ordre public et la protection des droits d'autrui sont des notions distinctes et visées séparément tant par le juge constitutionnel et administratif français que par le juge européen, il est artificiel de vouloir les séparer absolument ». Pour une présentation distinguant l'identité conceptuelle et la dualité fonctionnelle entre ordre public et droits fondamentaux, v. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1367 et s., p. 805 et s.

²⁵⁴³ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 2, p. 16.

²⁵⁴⁴ *Ibid.*

²⁵⁴⁵ *Ibid.*

²⁵⁴⁶ V. par ex. L. Maurin, *thèse préc.*, n° 257, p. 215 : « l'inclusion possible des droits fondamentaux de la personne parmi les composantes de l'ordre public ne doit cependant pas permettre de conclure à une assimilation pure et simple des deux notions » en ce que « derrière les droits fondamentaux, il y a l'individu là où derrière l'ordre public il y a l'intérêt général ». En effet, « alors que l'ordre public plane au-dessus du contrat, dans une relation verticale et hiérarchisée, les droits fondamentaux pénètrent le contrat, dans une relation horizontale et sans hiérarchie » (v. aussi P. Puig, « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », in *Contrats et droits fondamentaux*, colloque Univ. Avignon, A. Pélissier et D. Costa (dir.), p. 21 et s., n° 9, p. 25).

²⁵⁴⁷ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 2, p. 16 : et il ne faut pas occulter « ce qui associe les deux notions ».

²⁵⁴⁸ *Ibid.*

²⁵⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁵⁰ L. Maurin, *thèse préc.*, n° 303, p. 247.

²⁵⁵¹ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1367 et s., p. 805 et s.

²⁵⁵² C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 29 et s., p. 53 et s.

²⁵⁵³ *Ibid.*, n° 33 et s., p. 56 et s.

²⁵⁵⁴ *Ibid.*, n° 26, p. 51.

²⁵⁵⁵ *Ibid.*, n° 27 et s., p. 52 et s. ; v. également J. Raynaud, *thèse préc.*, n° 110 et s., p. 143 et s.

se saisit des droits fondamentaux qui revêtent désormais ce rôle²⁵⁵⁶. Le contrat doit, quant à lui, respecter ce qui constitue les valeurs fondamentales de la société dans laquelle il s'inscrit²⁵⁵⁷, dont l'ordre public assure la protection²⁵⁵⁸. Il n'est donc pas théoriquement surprenant que les droits fondamentaux intègrent le contenu de l'ordre public, d'autant plus que la défense de certains droits et libertés au moyen de l'ordre public par le juge judiciaire est antérieure à l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme. Par où réapparaît l'ambivalence de la relation entre l'intérêt général et les droits fondamentaux²⁵⁵⁹.

644. Une référence seulement implicite aux droits fondamentaux dans l'ordre public : le refus de la consécration générale de la limite par le code civil. L'intégration des droits fondamentaux en tant que normes de contrôle du contrat n'est pas consacrée par la loi²⁵⁶⁰. Il s'en est pourtant fallu de peu : la référence aux droits fondamentaux, qui existait dans certains projets de réforme du droit des contrats, fut supprimée dans la version définitive des textes²⁵⁶¹. En effet, l'article 4, alinéa 2, de l'avant-projet de réforme du droit des contrats rédigé sous la direction du professeur François Terré disposait : « On ne peut porter atteinte *aux libertés et droits fondamentaux* que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime »²⁵⁶². L'idée avait été reprise à l'article 1102, alinéa 2, du projet de réforme, ainsi rédigé : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux *droits et libertés fondamentaux* reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché »²⁵⁶³. Le caractère superflu de cette précision avait du reste été souligné par certains auteurs, qui estimaient qu'une simple référence à l'ordre public, conçu comme devant englober les droits fondamentaux, était

²⁵⁵⁶ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 71 et s., p. 88 et s. ; v. également J. Raynaud, *thèse préc.*, n° 110 et s., p. 143 et s.

²⁵⁵⁷ R. Cabrillac, « Droits fondamentaux et notion de contrat », *art. préc.*, spéc. p. 127 : « Le contrat est consubstantiel à toute société humaine. Dès lors, le contrat ne peut rester étranger aux fondements de la société dans laquelle il s'inscrit ».

²⁵⁵⁸ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 37 et s., p. 60 et s.

²⁵⁵⁹ V. *supra*, n° 29 et 30.

²⁵⁶⁰ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 135 et 136, p. 134 et 135.

²⁵⁶¹ *Ibid.*

²⁵⁶² *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 11, art. 4 al. 2 (nous soulignons).

²⁵⁶³ N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme...*, *op. cit.*, p. 3 (nous soulignons). Sur cet article, v. aussi E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 666 et s., p. 376 et s. Pour le lien avec l'article L. 1121-1 du code du travail, v. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 667, p. 377.

suffisante²⁵⁶⁴. Le texte définitivement adopté²⁵⁶⁵ est cependant considéré par beaucoup comme redondant par rapport à l'article 6 du code civil, l'ordre public ne comprenant pas de définition substantielle²⁵⁶⁶. D'autres auteurs soutenaient la proposition du projet Terré, aux motifs que le « code [...] d[eva]it s'inscrire dans son temps »²⁵⁶⁷ et qu'elle permettait de poser la distinction entre l'ordre public et les droits fondamentaux²⁵⁶⁸. En ce sens, renoncer à la mention des droits fondamentaux dans la loi revient finalement à consacrer leur intégration dans l'ordre public²⁵⁶⁹. Bien qu'une telle insertion n'eût sans doute pas entraîné de nouveauté dans des solutions déjà très marquées par les droits fondamentaux²⁵⁷⁰, elle aurait probablement entraîné des conséquences sur la perception que le juge et les parties ont du contrat et de la liberté contractuelle, ainsi que sur le développement du contrôle de proportionnalité dans ce domaine²⁵⁷¹.

645. La situation minoritaire : le maintien du contrat soutenu par les droits fondamentaux contre l'intérêt général. La situation la plus fréquemment décrite par la doctrine est celle des droits fondamentaux employés pour remettre en cause la force obligatoire du contrat. Ils empruntent alors la voie de l'ordre public, et donc de l'intérêt général, et transforment l'opposition entre l'ordre public et la liberté fondamentale en un conflit de droits fondamentaux. La situation peut néanmoins se trouver inversée. Il arrive que le contrat soit remis en cause, en particulier par la loi, au nom de l'intérêt général, face à des contractants qui cherchent à se prévaloir des droits fondamentaux pour son maintien²⁵⁷², le contrat étant par définition de nature à limiter les droits et libertés des parties qui choisissent de le conclure²⁵⁷³. On peut citer par exemple la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de lois rétroactives. Le Conseil admet en effet, dans une certaine mesure, un droit au maintien de « situations légalement acquises », qui ne peut être atteint qu'en cas de « motif impérieux

²⁵⁶⁴ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats...*, *op. cit.*, « Art. 1102 », p. 60 ; E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 43, p. 39, considérait notamment que le contrôle des droits fondamentaux se faisait sur le fondement de l'ordre public, car ce dernier étant « suffisamment souple pour englober l'ensemble des limites apportées à la liberté contractuelle ».

²⁵⁶⁵ Art. 1102 c. civ., en vigueur depuis le 1^{er} oct. 2016 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. [Al. 2] La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

²⁵⁶⁶ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats...*, *op. cit.*, « Art. 1102 », p. 60.

²⁵⁶⁷ M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015.816, n° 35.

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, n° 36.

²⁵⁶⁹ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 43, p. 39.

²⁵⁷⁰ M. Mekki, « Les principes généraux... », *art. préc.*, n° 36.

²⁵⁷¹ *Ibid.* ; Y.-M. Laithier, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC* 2013.410.

²⁵⁷² L. Maurin, *thèse préc.*, n° 207 et s., p. 180 et s.

²⁵⁷³ A.-A. Hyde, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, IRJS, préf. M. Fabre-Magnan, 2015, n° 1, p. 1 : « il est de l'essence même du contrat d'engager la liberté du débiteur d'une obligation ».

d'intérêt général ». Ainsi, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée par la Fédération bancaire française sur le droit de résiliation annuelle des contrats d'assurance emprunteur par les bénéficiaires²⁵⁷⁴, le Conseil constitutionnel rappela la nécessité d'un « motif d'intérêt général suffisant » pour porter atteinte aux situations légalement acquises²⁵⁷⁵. Il en va de même pour les « contrats légalement conclus », qui ne peuvent être remis en cause que pour un « motif d'intérêt général suffisant »²⁵⁷⁶. Dans cette situation, il semble que les termes du conflit soient inversés : les droits fondamentaux, loin de remettre en cause le contrat, sont alors utilisés pour défendre son maintien. En d'autres termes, tout se passe comme si, au lieu d'invoquer les droits fondamentaux à travers l'ordre public pour remettre en cause une clause contractuelle, on invoquait le motif impérieux d'intérêt général contre le droit à un maintien du contrat en dépit de la loi nouvelle. Cette situation, bien que minoritaire, fait apparaître une autre dialectique entre l'intérêt général et les droits fondamentaux dans le contrat. Aucun « droit au maintien » du contrat en raison des droits fondamentaux n'a pour l'instant été consacré²⁵⁷⁷.

646. Il convient à présent d'analyser les effets sur les solutions de ce nouveau contenu de l'ordre public.

B. Des effets réels limités

647. En réalité, le contrôle du contrat au moyen de certains droits et libertés fondamentaux ne date pas de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme. De nombreuses solutions fondées sur l'ordre public faisaient déjà depuis longtemps implicitement référence aux droits et libertés d'une partie pour censurer des clauses contractuelles. C'est la raison pour laquelle, à l'heure actuelle, la matière contractuelle connaît peu de modifications substantielles liées aux droits fondamentaux.

648. Le contrôle des clauses contractuelles après l'absorption des droits fondamentaux : l'exemple du bail d'habitation et du droit à la vie privée et familiale. Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, et à défaut de référence générale à la limite des droits fondamentaux, le contrôle se concentra aux clauses contractuelles²⁵⁷⁸. C'est ainsi que les juges de la Cour de cassation censurèrent la clause d'un bail d'habitation

²⁵⁷⁴ Cons. const., 12 janv. 2018, n° 2017-685 QPC, cons. 3.

²⁵⁷⁵ *Ibid.*, cons. 9.

²⁵⁷⁶ Cons. const., 12 janv. 2018, n° 2017-685 QPC, cons. 15. Pour d'autres applications de ce critère, v. Cons. const., 11 févr. 2011, n° 2010-102 QPC, cons. 4 (monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires) ; Cons. const., 29 janv. 2021, n° 2020-880 QPC, cons. 6 (révocation d'un avantage matrimonial en cas de divorce) ; Cons. const., 15 janv. 2021, n° 2020-871 QPC, cons. 5 (conditions de révision d'une prestation compensatoire fixée sous forme de rente).

²⁵⁷⁷ E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 718, p. 411.

²⁵⁷⁸ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 156, p. 153.

interdisant d'héberger ses proches sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à la vie privée et familiale²⁵⁷⁹. Si la décision aurait probablement pu être rendue sur le fondement de l'article 6 du code civil²⁵⁸⁰ ou encore sur le fondement de l'article 9 du code civil, il semble que la référence à la Convention s'inscrive dans un mouvement de fondamentalisation de l'ordre public et de développement de l'effet horizontal de la Convention²⁵⁸¹. Seul le fondement juridique de ces solutions est nouveau : dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 1987, les juges avaient déjà annulé un congé délivré à une preneuse en application d'une clause de son contrat de bail interdisant d'héberger des tiers²⁵⁸². Le contrôle des clauses du contrat s'étend à d'autres domaines que la vie privée et familiale²⁵⁸³.

²⁵⁷⁹ Civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-11.113, v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 156, p. 153 et E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 594, p. 338 : l'Office public d'aménagement et de construction de la ville de Paris avait formé un pourvoi pour contester la décision de la cour d'appel qui avait refusé de résilier le bail d'habitation pour violation d'une clause stipulant l'interdiction pour l'occupant d'héberger ses proches. La locataire était en effet liée par un contrat qui ne lui permettait de loger que ses enfants ; elle avait pourtant hébergé sa sœur et le père de ses enfants. La Cour de cassation approuva la cour d'appel d'avoir refusé la résiliation aux motifs que « les clauses d'un bail d'habitation ne p[e]uv[en]t, en vertu de l'article 8§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches ».

²⁵⁸⁰ C. Jamin, M. Billiau, M. Fabre-Magnan et G. Virassamy, « Chronique contrats et obligations », *JCP G* 1996.3958, n° 2 ; E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 664 et 665, p. 375 et 376.

²⁵⁸¹ J. Hauser, « Bail d'habitation : l'usage en bonne mère de famille », *RTD Civ.* 1996.580 ; J.-P. Marguénaud, « De la protection européenne des locataires hospitaliers contre la rigueur des clauses d'habitation personnelle », *RTD civ.* 1996.1024. Dans le même sens, Civ. 3^e, 22 mars 2006, n° 04-19.349 : l'article 8 fut à nouveau sollicité dans un contexte relativement similaire : la Cour de cassation affirma, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que « les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches ». V. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 156, p. 153 ; J.-P. Marguénaud, « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006.722 : la différence principale résidait dans les circonstances du litige. Au lieu qu'il s'agisse d'un désaccord entre le bailleur et le preneur, il s'agissait ici du colocataire qui décida de demander l'expulsion du tiers hébergé, en l'occurrence la fille majeure de sa colocataire, ce qui conduisit à une application de la Convention entre cocontractants légèrement différente de celle de l'arrêt de 1996, en particulier si l'on considère que le colocataire peut être atteint dans sa vie privée par l'expression de la vie privée de l'autre locataire. L'application s'étend ainsi entre codébiteurs (*ibid.*).

²⁵⁸² M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 121 et s., spéc. p. 130, citant l'arrêt CA Paris, 27 févr. 1987, D. 1987.IR.81. V. aussi Centre de recherche de droit privé de Nancy II, « Les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent, en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches », D. 1996.379. V. aussi TI Périgueux, 12 oct. 1990, *Cah. jurispr. Aquitaine* 1991/1, n° C.375 ; J. et F. Lafond, *Les baux d'habitation après la loi du 6 juillet 1989*, Litec, 2^e éd., p. 224, note 157 qui concernait un étudiant preneur d'un contrat de bail lui « interdisant d'héberger quiconque et de recevoir d'autres personnes que ses parents ».

²⁵⁸³ Les droits procéduraux, par ex. Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, n° 14-29.285 : la première chambre civile de la Cour de cassation invita la cour d'appel à rechercher si la clause d'une donation-partage ayant pour effet de priver de sa part le bénéficiaire qui l'attaquerait en justice ne portait pas une atteinte excessive au droit d'agir en justice, et ce au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : « en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'application de cette clause n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice [...] la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision [...] », v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 171, p. 168 à 170. V. aussi, sur la clause d'un contrat d'assurance imposant un mode de preuve du sinistre dans un contrat d'assurance Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 03-10.154 : au visa de « l'article 1315 du Code civil, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »,

649. La limitation de la potentialité d'évolution substantielle : le cantonnement au « champ contractuel » en matière de liberté religieuse. Non seulement les solutions semblent peu évoluer, mais en outre, les juges s'emploient dans certains cas à limiter les potentialités de remise en cause du contrat sous l'influence des droits fondamentaux. Le phénomène est particulièrement visible en matière de liberté religieuse. Dans un arrêt du 18 décembre 2002²⁵⁸⁴, les juges refusèrent de faire droit à la demande de locataires de religion juive qui souhaitaient que soit installée une serrure mécanique sur les portes d'entrée de leur résidence afin de ne pas avoir à utiliser les modes de verrouillage électrique durant le sabbat²⁵⁸⁵. En l'espèce, les juges estimèrent que la liberté religieuse n'étant pas entrée dans le champ contractuel puisqu'aucun article du règlement de copropriété ne venait directement la limiter²⁵⁸⁶, elle ne pouvait justifier la modification du contrat²⁵⁸⁷. Ainsi, la religion est

d'où il résulte que « la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat, la cour d'appel a violé les textes susvisés », v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 159, p. 157 et E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 599, p. 342 et n° 663, p. 375. Le droit commercial est également concerné, v. Civ. 3^e, 12 juin 2003, n° 02-10.778 : les juges estimèrent en effet que « tout membre d'une association qui n'est pas formée pour un temps déterminé peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire », ce qui les conduisit à prononcer une nullité absolue de la clause ; « la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue ». L'arrêt est également rendu sur le fondement de l'article 4 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, qui dispose : « Tout membre d'une association peut s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire », ce qui montre que cette disposition « n'est pas seulement confiné[e] aux frontières du contrat d'association mais irradie au-delà de ces dernières » (M.-L. Coquelet, « Être ou ne pas être sociétaire ? Les réponses de la Cour de cassation », *Rev. soc.* 2003.880, n° 5). La référence à l'article 11 de la Convention constitue une nouveauté : dans un arrêt d'Assemblée plénière (Ass. plén., 9 févr. 2001, n° 99-17.642, *Bull. civ. III*), la même solution avait été rendue au seul visa de l'article 4 de la loi de 1901 (Y. Rouquet, « Nullité de la clause obligeant le locataire à adhérer à une association », *D.* 2003.1694). On a ainsi relevé que cet ajout est n'était pas nécessaire dans la mesure où l'ancien fondement permettait d'arriver au même résultat (F. Chénéde, « La "fondamentalisation" du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. 54). V. aussi C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 158, p. 157 et E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 595, p. 339. Sur le droit au renouvellement du bail, v. Civ. 3^e, 18 mai 2005, n° 04-11.349, v. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 226 et s., p. 153 et s. (sur le droit du bailleur, puis du locataire) ; la « propriété commerciale » (D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. « Université », 26^e éd., 2020, n° 187, p. 103 et s.) issue du droit au renouvellement est ainsi protégée par la Convention européenne. V. dans le même sens : Civ. 3^e, 4 févr. 2009, n° 08-11.433 et Civ. 3^e, 12 juin 1996, n° 94-14.862, v. G. Lardeux, « Bail commercial et droits fondamentaux », *Loyers copro.* 2018.12, n° 7 et 8.

²⁵⁸⁴ V. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 695 et s., p. 394 et s., sur le « principe de laïcité contractuelle ».

²⁵⁸⁵ Civ. 3^e, 18 déc. 2002, n° 01-00.519 : aux visas des articles 1134 du code civil, 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et 6 de la loi du 6 juillet 1989, ils estimèrent en effet que « les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique ».

²⁵⁸⁶ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 174, p. 172 et 173 ; F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 6, p. 39 : l'auteur parle quant à lui d'effet « secondaire de la clause » : « Ainsi, dans le cas français du règlement de copropriété dont l'effet indirect de l'une des clauses était d'empêcher certaines pratiques religieuses, la Cour de cassation a jugé sans contrôle de proportionnalité qu'il n'y avait pas d'atteinte à la liberté religieuse. En effet, les clauses en question n'avaient pas un but discriminatoire mais esthétique. Le fait qu'elles se trouvaient incidemment empêcher une personne d'exercer sa religion était donc un effet secondaire ».

²⁵⁸⁷ Une solution similaire est rendue avec l'arrêt Civ. 3^e, 8 juin 2006, n° 05-14.774 (nous soulignons) : les juges donnèrent raison à une copropriété qui avait exigé de locataires la destruction de cabanes construites sur leurs balcons en commémoration d'une fête religieuse, aux motifs que « la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété »,

considérée comme n'entrant pas automatiquement dans le champ contractuel et ne pouvant avoir un effet « additif » sur le contrat²⁵⁸⁸, ni d'ailleurs d'effet « élusif »²⁵⁸⁹, ce qui témoigne de l'importance persistante de la force obligatoire du contrat²⁵⁹⁰.

650. Un nouveau fondement pour la protection des droits fondamentaux dans le contrat sans conséquence substantielle : la stabilité des solutions. Ainsi, la nouveauté réside principalement dans le fondement des solutions : s'éloignant de l'article 6 du code civil, les juges semblent se fonder davantage sur des textes porteurs de droits fondamentaux, et notamment sur la Convention européenne des droits de l'homme, ce que déplore une partie de la doctrine civiliste²⁵⁹¹, notamment au regard d'une vision textuelle du principe de subsidiarité²⁵⁹². Selon la professeure Anne Debet, la référence aux droits fondamentaux est en effet inutile : « la nécessité [...] apparaît faible », que ce soit en raison des risques de condamnation de la France par la Cour, ou en raison de la diversité des possibilités offertes pour censurer les clauses qui porteraient atteinte aux droits fondamentaux²⁵⁹³. Le professeur François Chénéde renchérit : il n'y a pas eu de « révolution contractuelle venue de

en effet « la cabane faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble puisqu'elle était visible de la rue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de l'enlèvement de ces objets ou constructions ». En l'espèce en effet, aucune clause du règlement ne touchait directement à la liberté religieuse, l'atteinte ne pouvait donc être qu'indirecte. V. aussi Civ. 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-25.709 : la Cour de cassation refusa d'analyser, dans le terme du contrat de prêt signifié par une société à des résidents du foyer dont elle est propriétaire, atteinte à la liberté religieuse des bénéficiaires du prêt : « la société Adoma n'est pas en charge d'assurer aux résidents la possibilité matérielle d'exercer leur culte » dans la mesure où « ceux-ci peuvent pratiquer la religion musulmane sans utiliser la salle de prière, qui facilite seulement leur pratique religieuse » ; par conséquent, « la cour d'appel en a justement déduit que la société n'a pas porté atteinte à une liberté fondamentale en décidant la fermeture de cette salle pour procéder à des travaux de modernisation et de sécurisation ». Sur cet arrêt, v. A. Etienney-de Sainte Marie, « La résiliation du prêt confronté à la liberté religieuse : vers un "forçage" du contrat tiré des droits fondamentaux ? », *D.* 2015.2350. V. aussi E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 710, p. 405.

²⁵⁸⁸ L'expression vient de E. Garaud, « La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », *RJPF* 2003.9, spéc. p. 10. V. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 173 et s., p. 170 et s. ; E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 697 et s., p. 395 et s. (de même en matière de droit du travail) ; *contra* A. Etienney-de Sainte Marie, « La résiliation du prêt... », *art. préc.*, qui craint l'apparition de cet effet « additif ».

²⁵⁸⁹ L'expression vient de E. Garaud, « La religion du locataire... », *art. préc.*, spéc. p. 10. V. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 703 et s., p. 399 et s. La liberté religieuse se trouva également confrontée au contrat de travail. Dans un arrêt du 24 mars 1998, rendu au visa des articles 1^{er} et 4 de la Constitution ainsi que 1134 et 1147 du code civil, les juges estimèrent que : « s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public » (Soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738).

²⁵⁹⁰ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 713 et s., p. 408 et s.

²⁵⁹¹ V. not. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 160, p. 157 ; A. Debet, *thèse préc.*, n° 462, p. 434 ; F. Chénéde, « La "fondamentalisation" du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. 54 ; M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 127.

²⁵⁹² C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 160, p. 157.

²⁵⁹³ A. Debet, *thèse préc.*, n° 462, p. 434.

Strasbourg »²⁵⁹⁴ ; l'analyse s'étend à la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁵⁹⁵. Ainsi les auteurs semblent s'accorder sur le fait que la référence aux articles de la Convention n'est pas nécessaire pour obtenir les résultats que les juges recherchent²⁵⁹⁶. Le changement du fondement ne semble ainsi pas affecter les solutions²⁵⁹⁷.

²⁵⁹⁴ F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. 53 et il ajoute : « Si le droit des contrats est pour l'essentiel à l'abri des droits de l'homme, c'est tout simplement parce qu'il les prend d'ores et déjà en compte et en charge. Valeurs fondamentales et fondatrices, les droits et libertés ne sont en effet que l'expression d'un seul point de vue, d'un seul regard, sur le contrat ou sur son droit. Or, la fonction du droit des contrats – et du droit de manière plus générale – est d'arbitrer entre les différents intérêts contradictoires en présence, c'est-à-dire, pour parler “droits de l'homme”, de concilier la liberté des uns avec les droits des autres, et de renouveler sans cesse les termes de ce compromis au contact des réalités nouvelles » ; « cette innocuité des droits fondamentaux en matière contractuelle ne tient pas à une prétendue aversion du droit civil et des civilistes pour les droits de l'homme, ou, plus généralement, pour les droits venus d'ailleurs » (spéc. p. 56 et 57). V. aussi p. 54 : « la France n'a pas attendu la mise en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme pour assurer le respect des droits fondamentaux dans les relations contractuelles ». Également : M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 127 et p. 130 : « sur le plan du droit privé, cette injection des droits de l'homme dans le lien entre les parties reste superflue. En effet, l'apport sur le plan des résultats, est faible, pour ne pas dire inexistant ».

²⁵⁹⁵ F. Chénéde, « Quelle “constitutionnalisation” pour le droit civil des contrats ? », *Jus Politicum*, n° 21, juill. 2018.

²⁵⁹⁶ F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. p. 54 ; M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 127 et p. 130 (*idem*).

²⁵⁹⁷ Cependant, certains auteurs s'inquiètent des effets possibles de ce nouveau fondement. V. par ex. F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. 57 : l'auteur déplore ce qu'il considère en réalité comme un retour en arrière : il estime en effet que des outils ayant pour fondement lointain les droits fondamentaux étaient déjà employés par les juges et que le recours aux droits fondamentaux ne consiste qu'à « se [contenter] d'invoquer les principes et les valeurs qui n'en sont que les lointains prémisses », ce qui constitue selon lui une « régression ». V. aussi M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 131 : qui déplore le caractère « néfaste » de l'absorption des droits fondamentaux dans l'ordre public qui convertit le problème en conflit de libertés au risque de conduire à des « solutions [...] brutales et inabouties » car « le champ même des droits tirés de la Convention n'est pas adapté au contentieux contractuel ou délictuel, ce qui déséquilibre le raisonnement. Soit alors, on en vient à voir, pour rétablir l'équilibre, des “droits fondamentaux” des deux côtés, de toute part. Soit les solutions, retenues sur la base du droit fondamental d'une seule des parties, sont brutales et inabouties ». En effet, « l'injection désordonnée » (L. Maurin, *thèse préc.*, n° 160, p. 141) des droits fondamentaux dans le contrat peut également desservir leur application en raison d'une « mauvaise mise en œuvre » du contrôle vertical, trop rapide et sans recours à la proportionnalité, de nature à affaiblir la protection (L. Maurin, *thèse préc.*, n° 171, p. 146 et n° 173, p. 248 à 250). Malgré le caractère « fondamental » des droits invoqués, les juges ne font pas systématiquement droit aux demandes des requérants sous le prétexte que la Convention européenne était les demandes : C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 173, p. 170 et n° 174, p. 172 : l'auteur souligne la logique « absence de réussite systématique de la demande ». L. Maurin, *thèse préc.*, n° 176, p. 150 à 152 : l'auteur explique qu'affirmer la fondamentalité d'un droit sans conclure à sa prééminence – il donne l'exemple de la liberté religieuse dans les contentieux touchant les contrats de copropriété – peut conduire à un affaiblissement de ce dernier. Paradoxalement, tout se passe comme si la référence explicite aux droits fondamentaux les rendait moins visibles dans le raisonnement que le truchement de l'ordre public. Le recours aux droits fondamentaux conduirait par conséquent à des solutions similaires, la méthode en moins (M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 131). Sur la différence de méthode entre une approche hiérarchique avec l'ordre public et la conciliation avec les droits fondamentaux, v. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1454, p. 850 et n° 1575, p. 916 ; F. Marchadier, « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'homme », *RDC* 2014.553. La « dramatisation » que les droits fondamentaux introduisent dans les litiges, la « dévalorisation » qu'induit leur invocation dans des litiges entre personnes privées (M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 131), le « dévoiement » tout autant du débat judiciaire que des droits de l'homme (*ibid.*, spéc. p. 135) et la « perte de confiance dans le droit français des obligations » (*ibid.*, spéc. p. 135) font que les solutions, identiques en substance, apparaissent finalement moins solides, alimentant l'idée selon laquelle les droits fondamentaux ne doivent trouver leur place que dans la relation entre l'individu et l'État (*ibid.*, spéc. p. 132). V. N. Van Leuven, « Les contrats et les droits de l'homme : une interaction mutuelle », in *Droit des contrats* :

651. La constance de la fonction de l'ordre public : une protection classique des droits fondamentaux dans le contrat à travers l'ordre public. L'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public ne semble donc pas entraîner d'évolution dans la fonction de l'ordre public²⁵⁹⁸. Ce dernier n'a-t-il pas toujours adopté une logique de protection de l'individu ? Réduire « l'ancien » ordre public à des enjeux d'intérêt général au sens substantiel serait un piètre reflet de la réalité²⁵⁹⁹. En effet, quand une clause de non-convol est annulée, n'est-ce pas la liberté matrimoniale – et donc la liberté individuelle – qui est protégée face à la liberté contractuelle²⁶⁰⁰ ? Ainsi, s'il est possible de conclure à une « segmentation matérielle de

questions choisies, C. Cauffman, J. de Coninck et N. Van Leuven (dir.), Larcier, coll. « Contrats et Patrimoine », 2008, p. 89 et s., n° 20, p. 98 : « Il sera souvent reproché à l'“horizontalité directe” de porter atteinte à la sécurité juridique : les normes qui énoncent les droits fondamentaux sont souvent formulées de manière trop vague pour guider les individus dans leurs conduites. Un autre argument contre l'effet horizontal direct est que la “sphère d'autonomie personnelle” des individus serait totalement envahie si l'État devait vérifier l'accomplissement de ces droits entre tous les particuliers ; l'effet horizontal direct ferait peser des obligations interindividuelles excessives ». Ce problème ne toucherait pas que le droit commun mais également le droit spécial, tel que le droit de la consommation, « “fondamentalisé” par les droits de l'homme » (J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible”... », *op. cit.*, n° 7, p. 843 et n° 13, p. 851). Toutefois, le recours aux droits fondamentaux, porteurs d'une indéniable puissance rhétorique (L. Maurin, *thèse préc.*, n° 178, p. 152 et n° 181, p. 156 et 157 et n° 177 et s., p. 152 et s. ; V. Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France... », *art. préc.*, spéc. p. 35 : « effet rhétorique de la référence au fondamental » ; B. Girard, *thèse préc.*, n° 247, p. 261), peut induire une « focalisation » sur le droit fondamental, susceptible de créer un déséquilibre en faveur de celui qui l'invoque (L. Maurin, *thèse préc.*, n° 199 et 200, p. 171 et 172 ; v. également M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 132, qui dit que la Cour reste comme « fascinée » par le droit fondamental invoqué et statue sans détailler le raisonnement : « la solution n'est pas meilleure lorsque la Cour de cassation ne prend pas la peine de confronter les intérêts privés en cause, et qu'elle reste comme fascinée par le droit fondamental invoqué par une seule des parties », à moins de recourir à un conflit de droits fondamentaux entre les parties au contrat (L. Maurin, *thèse préc.*, n° 201, p. 173). V. par ex. Civ. 1^{re}, 20 mai 2010, n° 09-65.045 : relatif à la censure de la clause d'un bail commercial imposant l'adhésion à une association, les juges n'ont pas placé dans la balance les intérêts de l'association (v. L. Maurin, *thèse préc.*, n° 211, p. 183). Il y a donc une atteinte à la sécurité juridique (*ibid.*, *thèse préc.*, n° 214 et s., p. 186 et s.) du point de vue de l'accessibilité (*ibid.*, *thèse préc.*, n° 217 et s., p. 187 et s.), de la stabilité (*ibid.*, *thèse préc.*, n° 220 et s., p. 190 et s.) et de la prévisibilité (*ibid.*, *thèse préc.*, n° 225 et s., p. 193 et s.). Les juges doivent ainsi s'astreindre davantage à opérer des raisonnements justifiés par les droits fondamentaux de manière bilatérale ; en d'autres termes, à mettre également en balance les intérêts de toutes les parties au contrat (M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 131 ; L. Maurin, *thèse préc.*, n° 211, p. 183). Enfin, une difficulté est posée par les droits, tels que la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle, absents du texte de la Convention européenne et qui risquent par conséquent d'être négligés dans les litiges (M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 131). On peut cependant considérer que la liberté contractuelle fait l'objet d'une protection sans être expressément visée : E. Riposte, *thèse préc.*, n° 388, p. 242.

²⁵⁹⁸ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 266 et s., p. 248 et s. : si nous admettons l'idée selon laquelle ces évolutions induisent une catégorisation différente de l'ordre public entre sa composante dite « classique » et la composante incluant droits fondamentaux (v. aussi n° 268 et s., p. 249 et s.) : l'une serait « holiste » (n° 276 et 277, p. 256 et 257), et l'autre plus axée sur la dignité et l'individu (n° 278, p. 258), nous pensons qu'il ne faut pas en tirer, pour l'instant de conséquences excessives, en tout cas dans le cadre du contrat. De même, P. Puig, « Formation du contrat et droits fondamentaux... », *art. préc.*, n° 9, p. 25 : « l'ordre public crée des interdictions (ordre public négatif), parfois des obligations (ordre public positif) tandis que les droits fondamentaux créent, c'est un truisme, des droits subjectifs, des “droits à...” ! » et que dès lors « la contrainte est du côté de l'ordre public, les prérogatives du côté des droits fondamentaux ».

²⁵⁹⁹ F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. 54 : on a toujours contrôlé le contrat au regard des droits et libertés fondamentaux, sur le fondement de l'article 6 du code civil notamment.

²⁶⁰⁰ M. Mekki, *thèse préc.*, n° 527, p. 322 : à travers l'ordre public, c'est la liberté du mariage qui est protégée. V. aussi n° 535 et s., p. 325 et s. sur la critique des clauses de viduité et de célibat.

l'ordre public »²⁶⁰¹, il semble que la notion n'ait pas évolué outre mesure et ne se soit pas éloignée de sa fonction traditionnelle : les droits fondamentaux sont simplement devenus des normes substantielles de contrôle du contrat, à travers l'ordre public et, dans une moindre mesure, les bonnes mœurs²⁶⁰².

652. Ainsi, comme auparavant, le contrat permet l'expression des intérêts particuliers et l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public conduit majoritairement à des solutions identiques. La différence réside dans le fondement et dans l'état d'esprit du contrôle, qui semble davantage axé sur la prise en compte des intérêts particuliers des parties, par le truchement de l'ordre public. Toutefois, le nouveau fondement pourrait entraîner des évolutions de solutions, si la politique jurisprudentielle venait à évoluer.

C. Des effets potentiels importants

653. En l'état du droit positif, certains effets de l'évolution de l'ordre public contractuel semblent inimaginables : on parle parfois d'effet « répulsif » du contrat ; la Cour de cassation refuse certaines situations de contrôle ou certains effets de ce contrôle au regard des droits fondamentaux²⁶⁰³. Cependant, il s'agit de zones qui pourraient être touchées par l'inclusion des droits fondamentaux, ne serait-ce que ponctuellement. Certains effets potentiels sont à l'heure actuelle explicitement refusés par les juges (1), d'autres ont un avenir plus incertain (2).

1. Les effets potentiels explicitement refusés en droit positif

654. L'ajout impossible d'obligations. Dans la lignée de l'application jurisprudentielle de l'ordre public, les juges refusent « l'effet additif »²⁶⁰⁴ des droits fondamentaux, c'est-à-dire l'ajout de clauses sur le fondement des droits fondamentaux²⁶⁰⁵. L'effet des droits fondamentaux est ainsi, à l'heure actuelle, « strictement élusif »²⁶⁰⁶. Seule la loi peut, en amont, imposer des clauses et formes obligatoires au contrat.

²⁶⁰¹ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 280 et s., p. 259 et s.

²⁶⁰² *Ibid.*, n° 161, p. 158.

²⁶⁰³ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 693 et s., p. 394 et s.

²⁶⁰⁴ L'expression vient de E. Garaud, « La religion du locataire... », *art. préc.*, spéc. p. 10.

²⁶⁰⁵ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 173 et s., p. 170 et s. ; A. Etienney-de Sainte Marie, « La résiliation du prêt... », *art. préc.*

²⁶⁰⁶ L'expression vient de E. Garaud, « La religion du locataire... », *art. préc.*, spéc. p. 10. V. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 175, p. 174 ; A. Etienney-de Sainte Marie, « La résiliation du prêt... », *art. préc.* ; L. Maurin, *thèse préc.*, n° 268, p. 221 : « les droits et libertés fondamentaux ne sont pas à même de modifier les droits contractuels existants » et n° 267, p. 221 : « lorsqu'on se demande si le juge doit consacrer telle obligation contractuelle au nom des droits fondamentaux, on est conduit à raisonner en termes d'exigibilité – le droit des contrats permet-il d'exiger cette obligation de l'autre partie ? – plutôt que d'invocabilité – cette obligation peut-elle être invoquée devant le juge à l'égard de l'autre partie ? ».

655. L'inexécution injustifiable en l'état actuel du droit. De même, les droits fondamentaux ne sauraient justifier une inexécution contractuelle²⁶⁰⁷. Sans doute à l'heure actuelle, la force obligatoire du contrat admet-elle la renonciation partielle au droit fondamental qui tenterait de justifier une inexécution. De même qu'ils ne sauraient justifier l'inexécution, les droits fondamentaux ne peuvent permettre à un contractant de se soustraire aux sanctions liées aux inexécutions contractuelles. Ainsi, la sanction de l'omission du taux effectif global dans les contrats de prêt, consistant en la substitution du taux légal au taux conventionnel ne peut être contournée avec le droit au respect des biens de l'emprunteur²⁶⁰⁸. Il en va de même pour la nullité sanctionnant un vice de forme, tel que l'inexactitude d'une mention manuscrite dans un cautionnement²⁶⁰⁹. À l'absence de justification de l'inexécution du contrat, s'ajoute l'impossible « droit au maintien » du contrat en raison des droits fondamentaux²⁶¹⁰. Cependant, dans les deux exemples, la formulation ne semble pas catégorique : la Cour accepte d'effectuer le contrôle de proportionnalité, ce qui pourrait suggérer une potentielle évolution.

2. Les effets potentiels au statut incertain

656. Une stabilité du raisonnement ? L'article 1102 du projet Terré de réforme du droit des contrats, prévoyait expressément le recours au contrôle de proportionnalité pour vérifier la compatibilité du contrat avec les droits fondamentaux²⁶¹¹. Une partie de la doctrine considère que la prise en compte des droits fondamentaux dans l'ordre public modifie le raisonnement de contrôle du contrat : elle ferait passer l'analyse d'une logique « binaire » à une « logique de gradation », plus « floue », fondée sur la mise en balance, plus que sur une « alternative » sèche²⁶¹². Le changement de contenu de l'ordre public entraîne-t-il une

²⁶⁰⁷ L. Maurin, *thèse préc.*, n° 269 et s., p. 222 et s. ; E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 716, p. 409 : « absence de droit à l'inexécution du contrat au nom des droits fondamentaux ».

²⁶⁰⁸ Com., 12 janv. 2016, n° 14-15.203 : « cette sanction, qui est fondée sur l'absence de consentement de l'emprunteur au coût global du prêt, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens garanti par l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». V. aussi Civ. 1^{re}, 14 déc. 2016, n° 15-26.306.

²⁶⁰⁹ Com., 21 oct. 2020, n° 19-11.700 : « la sanction de la nullité du cautionnement dont la mention manuscrite n'est pas conforme à celle prévue par la loi, qui est fondée sur la protection de la caution, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens garanti par l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

²⁶¹⁰ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 718, p. 411.

²⁶¹¹ Le texte prévoyait en effet que : « Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit *indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ». V. F. Marchadier, « Le droit commun... », *art. préc.* ; N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme...*, *op. cit.*, « art. 1102 », p. 3.

²⁶¹² F. Marchadier, « Le droit commun... », *art. préc.*, spéc. p. 556 : « le contrôle du contrat opéré sur le fondement de l'ordre public et des bonnes mœurs au sens de l'article 6 du code civil change de nature lorsqu'il se nourrit des droits fondamentaux. Il ne relève plus d'une logique binaire, mais d'une logique floue, une logique de gradation. L'issue du contrôle ne repose plus sur l'alternative oui/non, licite/illicite. Elle dépend d'un jugement de proportionnalité et d'une mise en balance de deux intérêts privés, d'une licéité sous condition de

modification du raisonnement²⁶¹³ ? Le constat ne recueille pas l'unanimité : « une telle présentation ne rend pas compte de la réalité du contrôle exercé au nom de l'ordre public, qui n'est nullement hermétique ou rétif au contrôle de proportionnalité »²⁶¹⁴, car « la Convention n'a pas le monopole de la balance »²⁶¹⁵. Bien qu'implicite, ce contrôle de proportionnalité serait donc déjà effectué par le juge²⁶¹⁶. Le recours aux droits fondamentaux entraîne toutefois une formalisation et une explicitation du contrôle de proportionnalité, qui apparaît plus explicite que par le passé. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt d'Assemblée plénière du 19 mai 1978, dans lequel la Cour de cassation admet un licenciement prononcé par un établissement catholique contre l'une de ses enseignantes en raison de son remariage après divorce, nul contrôle de proportionnalité n'est visible²⁶¹⁷. À l'inverse, la Cour européenne procède à un contrôle explicite de proportionnalité dans l'affaire *Richet et Le Ber*²⁶¹⁸. L'intégration des droits fondamentaux à l'ordre public est donc de nature à modifier le raisonnement.

proportionnalité » ; v. aussi L. Maurin, *thèse préc.*, n° 190, p. 165 : « on passe d'une logique binaire simple, ce qui est valide, licite et ce qui ne l'est pas, à une méthode plus complexe, plus floue, ce qui est légitime et proportionné et ce qui ne l'est pas ». V. aussi : D. Fenouillet, « Le modèle du droit privé français », *art. préc.*, n° 36 : le juge « remédie généralement à la disproportion illicite, soit qu'il anéantisse purement et simplement la disposition qui la fonde, soit qu'il en écarte l'application au cas d'espèce. Ainsi, la clause abusive ou celle qui porte atteinte à la substance de l'obligation sera réputée non écrite ; ainsi la clause pénale excessive sera-t-elle écartée par le juge, qui évaluera la somme devant être allouée à titre de peine ; ainsi, la révision du contrat permettra-t-elle d'éviter que l'exécution ne soit excessivement onéreuse du fait d'un changement imprévisible de circonstances ».

²⁶¹³ N. Van Leuven, « Les contrats et les droits de l'homme... », *art. préc.*, n° 128, p. 150 : « Un contrat dans lequel on restreint un droit fondamental sans aucun but rationnel est inacceptable. [...] Le juge doit se poser la question de savoir si la restriction d'un droit fondamental est proportionnée par rapport au but de la restriction. Il n'est donc pas possible de juger qu'une restriction à un droit fondamental est proportionnée si cette restriction ne poursuit aucun but rationnel. Si un tel contrat est quand même conclu, le juge devra constater qu'il contient une restriction disproportionnée à un droit fondamental qui est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

²⁶¹⁴ F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. 55.

²⁶¹⁵ M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières... », *art. préc.*, spéc. p. 135. V. cependant, sur les sanctions : E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 675, p. 382, les sanctions seraient moins radicales, plus nuancées : on écarte simplement la clause au lieu d'annuler tout l'acte. Sur le jeu des restitutions après annulation de la clause : Civ. 3^e, 23 nov. 2011, n° 10-23.928, v. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 676, p. 683.

²⁶¹⁶ F. Chénéde, « La “fondamentalisation” du droit commun des contrats... », *art. préc.*, spéc. 55, et l'auteur de citer l'exemple des clauses de non-convol qui doivent être justifiées il faut que « “les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement” ».

²⁶¹⁷ Ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211 : « il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement ; que, dans des motifs non critiqués par le moyen et qui, quel qu'en soit le mérite, suffisent à justifier leur décision, les juges du fond ont retenu que lors de la conclusion du contrat par lequel l'association Sainte-Marthe s'était liée à Dame R., les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante ; qu'ils ont ainsi relevé l'existence de circonstances très exceptionnelles opposables à Dame R., à laquelle il incombait, selon la législation alors en vigueur, d'établir la faute commise par son employeur dans l'exercice de son droit de rompre un contrat à durée indéterminée ; que les juges du fond, ayant rappelé que le cours Sainte-Marthe, attaché au principe de l'indissolubilité du mariage, avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise, en lui conservant son caractère propre et sa réputation, ont pu décider que cette institution n'avait commis aucune faute ».

²⁶¹⁸ CEDH, 18 févr. 2011, *Richet et Le Ber c. France*, *préc.*, not. §124.

657. L'ordre public, instrument d'équilibre des pouvoirs entre les contractants ?

Face à la liberté contractuelle, l'ordre public serait passé d'un statut « défensif » de « rempart contre la liberté contractuelle »²⁶¹⁹ à un statut « positif » de recherche d'égalité entre les parties²⁶²⁰. Si l'ordre public a toujours protégé les libertés des parties les unes par rapport aux autres, il semble acquérir aujourd'hui un rôle de maintien de l'équilibre entre les contractants par une prise en compte accrue des intérêts des parties postérieurement à la conclusion du contrat²⁶²¹. Pour l'instant limité à la lutte contre les clauses abusives, les droits fondamentaux pourraient être le ferment d'une recherche d'un véritable « équilibre » entre les prérogatives contractuelles des parties²⁶²². Le risque de basculement « du contentieux contractuel » vers des « conflits de droits fondamentaux » existe donc²⁶²³.

658. L'ordre public européen de la Convention européenne des droits de l'homme. L'ordre public européen rattaché à la Convention européenne des droits de l'homme semble s'incarner dans un ordre public de nature à restreindre les limites d'intérêt général aux droits et libertés avancées par les États²⁶²⁴. L'ordre public européen s'apparente en effet à la protection des droits et libertés garantis par la Convention²⁶²⁵. C'est en tout cas ainsi que l'entend la Cour européenne dans l'arrêt *Loizidou contre Turquie*, dans lequel elle considère que la Convention est « l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen »²⁶²⁶, soit « un ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société démocratique européenne et s'imposant à ses membres »²⁶²⁷. L'ordre public dans ce contexte constitue ainsi l'ensemble des

²⁶¹⁹ B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », *art. préc.*, n° 12, p. 480. V. aussi E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 680, p. 385.

²⁶²⁰ B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », *art. préc.*, p. 473 à 494, n° 13, p. 481.

²⁶²¹ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 681, p. 387 : l'auteur donne plusieurs exemples tels que l'arrêt Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, relatif à une clause « clause précisant que l'employeur se réservait le droit de modifier la région d'activité en demandant au salarié d'être domicilié sur cette région dans les six mois suivant ce changement d'affectation » (dite clause de mobilité), censurée sur le fondement de l'art. 8 CEDH, ou de l'arrêt Civ. 3^e, 6 mars 1996, *préc.*, au sujet de la censure d'une clause dans un contrat de bail limitant l'hébergement (v. *supra*, n° 648), ou encore de Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 03-10.154, relatif à une clause aménageant la charge de la preuve en matière d'assurance.

²⁶²² E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 681 et s., p. 386 et s.

²⁶²³ L. Maurin, *thèse préc.*, n° 201, p. 173.

²⁶²⁴ J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen – Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *Cah. dr. eur.* 2000.657, n° 1 ; C. Picheral, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, La Documentation française, 2001, p. 89 et s. ; B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 292, p. 173.

²⁶²⁵ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 292, p. 173 ; C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 327 et s., p. 287 et s.

²⁶²⁶ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 87, p. 127 ; v. CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, §75 : « la Convention » est un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen » et §93 : « la Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains et de sa mission, fixée à l'article 19, celle d'« assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes » à la Convention ».

²⁶²⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 87, p. 127 ; F. Sudre, « L'ordre public européen », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics – Ordre publics et droits fondamentaux*, Actes colloque Caen 11 et 12 mai

droits et libertés garantis par la Convention²⁶²⁸. Aussi la Convention n'est-elle pas soumise au principe de réciprocité²⁶²⁹ et porte des « valeurs communes »²⁶³⁰, notamment le rattachement à une société démocratique²⁶³¹. Ces valeurs communes reposent en outre sur le « principe de l'effectivité des droits » et notamment les obligations positives²⁶³², ainsi que sur « l'interprétation consensuelle », qui, on le sait, constitue une limite de la marge nationale d'appréciation²⁶³³. L'ordre public européen émerge « de la configuration par le juge européen de l'ordre public national aux normes de principe de la Convention », soit de l'opposition entre « les droits de l'homme » et le « pouvoir de réglementation des États »²⁶³⁴. Il se forge avec la jurisprudence d'application de la Convention, qu'elle émane du juge interne ou du juge européen²⁶³⁵ qui chacun l'enrichit²⁶³⁶. Ainsi, les principes fondamentaux de l'ordre public européen sont notamment la dignité humaine²⁶³⁷, le principe de la prééminence du droit²⁶³⁸, le pluralisme²⁶³⁹ et le principe de non-discrimination²⁶⁴⁰. L'ordre public de la Convention européenne s'oppose à la liberté des États d'édicter des règles ; mais il est constitué lui-même par les libertés individuelles des personnes privées. Ainsi, l'ordre public européen intègre un « double aspect » : « dans son aspect institutionnel et structurel, l'ordre public européen est l'expression du système juridictionnel de contrôle obligatoire. Dans son aspect matériel et substantiel, il réunit la masse compacte des droits garantis par la [Convention] et de ses protocoles, sous réserve pour ces derniers de tenir compte du nombre de ratifications et de l'interprétation de leurs stipulations à la lumière des droits garantis par la [Convention] elle-

2001, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. « Nemesis », 2001, p. 109 et s., n° 5, p. 111. L'idée a été controversée, elle est fondée sur l'ordre juridique européen : J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen... », *art. préc.*, n° 2 à 5.

²⁶²⁸ C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 327 et s., p. 287 et s.

²⁶²⁹ F. Sudre, « L'ordre public européen », *art. préc.*, n° 6, p. 112 et 113.

²⁶³⁰ *Ibid.*, n° 8, p. 113.

²⁶³¹ *Ibid.*, n° 9 et s., p. 114. Sur la société démocratique, v. *supra*, n° 100 et s. CEDH, 2 sept. 1998, *Ahmed et al. c. Royaume-Uni*, n° 22954/93, §52 ; CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et al. c. Turquie*, n° 133/1996/752/951, §45 ; v. J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen... », *art. préc.*, n° 3 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 139, p. 212 : « La démocratie constitue une caractéristique fondamentale de l'ordre public européen » ; B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 289 et s., p. 171 et s.

²⁶³² F. Sudre, « L'ordre public européen », *art. préc.*, n° 11, p. 115 ; J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen... », *art. préc.*, n° 43 et 44.

²⁶³³ F. Sudre, « L'ordre public européen », *art. préc.*, n° 12, p. 116. Sur le consensus européen comme limite à la marge nationale d'appréciation, v. *supra*, n° 437.

²⁶³⁴ F. Sudre, « L'ordre public européen », *art. préc.*, n° 14, p. 117.

²⁶³⁵ J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen... », *art. préc.*, n° 8.

²⁶³⁶ *Ibid.*, n° 17, 19, 21 et s. et 29 : « dilatation » par intégration des droits sociaux, ainsi que les droits à environnement et à la santé ; ainsi qu'une « consolidation » des droits existants ainsi qu'un « approfondissement » à travers l'interprétation par la Cour.

²⁶³⁷ F. Sudre, « L'ordre public européen », *art. préc.*, n° 16, p. 117.

²⁶³⁸ *Ibid.*, n° 17, p. 118.

²⁶³⁹ *Ibid.*, n° 18, p. 119.

²⁶⁴⁰ *Ibid.*, n° 19, p. 119.

même »²⁶⁴¹. Pour le juge européen, la protection de l'ordre public rattaché à l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme consiste en grande partie à restreindre les limites d'intérêt général émises par les États à l'exercice des droits et libertés²⁶⁴². Le juge interne effectue donc un premier contrôle de la limite d'intérêt général, qui est à nouveau effectué par le juge européen pour protéger l'ordre public européen. L'intégration de l'ordre public européen dans l'ordre public interne entraîne pratiquement une opposition de logique : il consiste à faire cohabiter deux ordres publics contradictoires dans la même notion. Ainsi, si l'ordre public interne se rapproche de l'ordre public européen avec l'intégration des droits fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme, leur logique originelle demeure distincte.

659. L'inversion entre le principe et l'exception par l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public. Bien que cet effet ne soit pas encore visible dans les solutions, il semble que l'intégration dans l'ordre public contractuel des droits fondamentaux issus de la Convention européenne des droits de l'homme soit susceptible d'entraîner une inversion entre le principe et l'exception dans le mécanisme de contrôle du contrat²⁶⁴³. En effet, l'article 6 prévoit qu'« on ne peut déroger par contrat aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». L'article 1102 du code civil issu de la réforme de 2016 prévoit de même que : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Par conséquent, en principe, tout est permis, sauf ce qui heurte l'ordre public : la liberté – contractuelle – « est la règle » et sa restriction « l'exception »²⁶⁴⁴, tout comme en matière de droits fondamentaux conventionnels et constitutionnels²⁶⁴⁵. Or, ainsi que le démontre Madame Elléa Ripoche dans sa thèse de doctorat, en s'appuyant principalement sur le raisonnement des juges, le contrôle des clauses contractuelles au regard des droits

²⁶⁴¹ J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen... », *art. préc.*, n° 15. Sur les défauts de mise en œuvre : n° 51 et s.

²⁶⁴² B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 292, p. 173.

²⁶⁴³ V. E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 673, p. 380.

²⁶⁴⁴ Adage bien connu en droit administratif. La formule exacte, « la liberté est la règle et la restriction de police l'exception », vient de M. Corneille, concl. sur CE, 17 août 1917, *Baldy*, n° 59855. L'extension de cette formule au Conseil constitutionnel ressort de P.-H. Prélot, « L'actualité de l'arrêt *Benjamin* », *art. préc.*, bien que cela concerne l'arrêt *Benjamin* (CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, n° 17413, v. *supra*, n° 176). V. aussi, J. Andriantsimbazovina, « La prise en compte... », *art. préc.* : « L'on sait en effet qu'en matière de protection des droits fondamentaux, la liberté est la règle et sa limitation l'exception ! ». Le lien entre la formule et la jurisprudence constitutionnelle est également fait par B. Stirn, « Constitution et droit administratif », *art. préc.*, ce qui ferait partie des « fondements constitutionnels du droit administratif ». En droit privé, le principe est la liberté contractuelle et l'ordre public est l'exception ; v. E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 672, p. 379 : « Les stipulations contractuelles restreignant les droits fondamentaux, qui sont l'expression de la liberté contractuelle, restent donc en principe valables. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, en cas de contrariété avec l'ordre public, qu'elles seront susceptibles d'être annulées ».

²⁶⁴⁵ V. *supra*, n° 238 et 239, sur le statut d'exception de l'intérêt général et de principe des droits fondamentaux.

fondamentaux risque d'introduire une inversion du principe²⁶⁴⁶. Ce phénomène s'explique également par le statut et le fonctionnement des règles de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoient le principe de respect des droits fondamentaux sous réserve de leurs restrictions qui constituent l'exception²⁶⁴⁷. Par l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public, il y a donc un potentiel d'inversion du mécanisme : le respect des droits fondamentaux au sein du contrat, contrôlé rétrospectivement, pourrait devenir le principe au sein d'un mécanisme de contrôle de l'ordre public ayant un statut d'exception²⁶⁴⁸. Au lieu de poser un principe de respect de la liberté contractuelle sous réserve de l'ordre public, on risque d'arriver à un principe de respect des droits fondamentaux sous réserve du contrat et de l'expression de la liberté contractuelle, ce qui revient à une sorte de conflit de droits²⁶⁴⁹. La principale évolution potentielle du droit des contrats pourrait venir de ce changement de logique²⁶⁵⁰. Aujourd'hui, les juges semblent simplement transposer les solutions actuelles avec un nouveau fondement, mais l'avenir pourrait entraîner une transformation. Tout contrat aurait alors vocation à devenir, *en soi*, un mécanisme juridique de renonciation à des droits et libertés, avec toutes les contraintes que cela peut entraîner²⁶⁵¹. Ainsi, d'un raisonnement dans lequel l'ordre public constituait la limite d'intérêt général à l'expression de la liberté contractuelle, le maintien de la force obligatoire du contrat et le respect des stipulations des parties deviennent en quelque sorte la limite d'intérêt général à l'expression des droits fondamentaux à travers l'ordre public.

660. Un mécanisme comparable avec celui du contrat de travail. Finalement, tout se passe comme si le contrat de droit commun rejoignait le régime du contrat de travail en

²⁶⁴⁶ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 673, p. 380 : « La réception directe des droits fondamentaux en droit interne a conduit à une inversion de ce raisonnement classique. La clause attentatoire aux droits fondamentaux n'est plus perçue comme l'expression de la liberté contractuelle. Elle devient par nature suspecte, et sa licéité ne sera admise qu'exceptionnellement, si l'atteinte portée aux droits fondamentaux est jugée justifiée et proportionnée. Le principe n'est plus la liberté contractuelle mais la protection du droit fondamental en cause, c'est-à-dire l'atteinte à la liberté contractuelle ». Ce n'est donc pas tant l'ordre public qui deviendrait « moins impératif » (C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 211 et s., p. 201 et s.) mais plutôt le raisonnement qui évoluerait.

²⁶⁴⁷ Sur ce mécanisme de principe et d'exception dans les articles de la Convention européenne, v. *supra*, n° 238 et 239, ainsi que P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 795 et 796, p. 233 et V. Fourment, *thèse préc.*, n° 35, p. 43 et n° 399, p. 381. V. aussi M. Afroukh, *thèse préc.*, p. 461. Madame Elléa Ripoché explique toutefois le phénomène autrement : selon elle le fait de passer vers une logique de contrôle de proportionnalité et de droits fondamentaux conduit à remplacer une « logique de prévalence » par une « logique de compromis », à travers un raisonnement de conciliation entre les intérêts (*thèse préc.*, n° 674, p. 381). Elle s'appuie pour cette démonstration sur le raisonnement du juge (*thèse préc.*, n° 675, p. 382).

²⁶⁴⁸ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 1587, p. 924 ; A.-A. Hyde, *thèse préc.*, n° 1, p. 1 : « il est de l'essence même du contrat d'engager la liberté du débiteur d'une obligation ».

²⁶⁴⁹ E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 673 et s., p. 380 et s. : l'auteur présente toutefois les choses un peu différemment.

²⁶⁵⁰ *Ibid.*, n° 674, p. 381.

²⁶⁵¹ Sur la renonciation aux droits et libertés pour des références sur la renonciation aux droits et libertés : C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 229 et s., p. 214 et s. ; L. Maurin, *thèse préc.*, n° 294 et s., p. 243 et s. ; E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 792 et s., p. 459 et s.

matière de limitations de libertés. En effet l'article L. 1121-1 du code du travail prévoit que « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». L'article L. 1321-3 pose une règle similaire en matière de règlement intérieur. La formulation suggère donc un principe de liberté du salarié, sous réserve de restriction, dont la validité doit être démontrée par la justification et la proportionnalité de l'atteinte²⁶⁵². Le rapport entre la liberté et sa restriction justifiée est donc le même que celui de la Convention européenne des droits de l'homme : le principe est la liberté du salarié et la restriction, pour être valable, doit être strictement encadrée²⁶⁵³. L'article ne se limite d'ailleurs pas au contrat et à ses clauses, il est applicable à tout acte de nature à limiter les libertés, même s'il n'émane pas de l'employeur²⁶⁵⁴. L'article laisse ainsi au juge le soin de régler les conflits de droits au sein de l'entreprise, qu'ils soient d'origine contractuelle ou non²⁶⁵⁵. Le plus souvent, le conflit éclatera entre les droits et libertés de l'employeur – la liberté du commerce et de l'industrie, les prérogatives issues du lien de subordination – et les différents droits et libertés du salarié pouvant être atteints dans le cadre de la relation de travail. L'employeur doit donc justifier les atteintes qu'il porte aux droits et libertés²⁶⁵⁶. Ainsi, dans ce cas, la référence

²⁶⁵² E. Dockès, D. Baugard et G. Auzero, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 36^e éd., 2022, n° 718 et 719, p. 951 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 92, p. 95 et 96. Sur cette charge de la preuve, v. I. Cornesse, *thèse préc.*, n° 452, p. 381 et n° 454, p. 384 : « dès lors que le salarié allègue du caractère injustifié ou disproportionné d'une restriction à un droit ou à une liberté et que cette allégation présente une certaine consistance, l'employeur doit apporter les éléments justificatifs permettant aux juges de former leur conviction ». V. aussi F. Guiomar, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeurs », in *Droits fondamentaux et droit social*, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), Dalloz, 2005, p. 61 et s., spéc. p. 70 et 71.

²⁶⁵³ E. Dockès, D. Baugard et G. Auzero, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 718, p. 951 : établit la distinction entre restriction et violation à la manière de la Cour EDH.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*, n° 716, p. 949 et n° 721, p. 954.

²⁶⁵⁵ *Ibid.*, n° 716, p. 949. *Contra* V. Fourment, *thèse préc.*, n° 364 et s., p. 359 et s. : l'auteur considère que la relation de subordination, en tant que rapport hiérarchique, ne peut entraîner d'égalité entre les droits et libertés, et que par conséquent il ne s'agit pas d'un conflit de droits. L'auteur considère que la relation entre l'employeur et le salarié étant « structurellement déséquilibrée », il ne peut y avoir de mise en balance puisqu'il ne s'agit pas véritablement d'un conflit de droits (n° 94, p. 97). Nous considérons au contraire que, bien que la relation juridique soit asymétrique, elle ne donne pas de « prévalence » aux libertés fondamentales ou aux droits de l'employeur par rapport à celle du salarié. En effet, si le lien de subordination met juridiquement l'employeur dans une relation de pouvoir, cette inégalité ne s'étend pas à celle du respect des droits fondamentaux, les personnes privées étant toutes traitées également de ce point de vue par les textes protecteurs de droits fondamentaux. C'est d'ailleurs sans doute l'un des intérêts de l'article L. 1121-1 du code du travail : la position de l'employeur ne saurait justifier toutes les atteintes aux droits fondamentaux. V. E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 598, p. 342 sur l'article L. 1221-1 code du travail qui « encadre la réception horizontale des droits fondamentaux dans le contrat de travail »

²⁶⁵⁶ Sur la liberté d'expression, qui est admise sauf abus : Soc., 28 avr. 1988, 87-41.804 et Soc., 28 avr. 2009, n° 10-30.107 et plus récemment Soc., 20 avril 2022, n° 20-10.852 (v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 366, p. 361 ; n° 369, p. 363 ; n° 378, p. 368 et 369 et n° 383, p. 373).

aux articles de la Convention européenne des droits de l'homme ne modifie pas le mécanisme de protection comme en droit commun²⁶⁵⁷.

§2. EN DEHORS DE LA MATIÈRE CONTRACTUELLE : LES EFFETS DE LA FAIBLE PRISE EN COMPTE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

661. Parmi les principaux effets observables de la faible valorisation de l'intérêt général face aux intérêts particuliers, on décèle des changements dans les fonctions de certaines notions juridiques (A), la modification de règles (B) ou encore l'apparition de nouvelles actions juridiques (C).

A. Le changement de fonction des notions par la prise en compte de l'intérêt particulier

662. L'exemple de l'état civil comme assumant une nouvelle fonction. En raison de la prise en compte d'intérêts particuliers, certaines notions changent de fonction : elles qui ne reflétaient auparavant que l'intérêt général, prennent désormais en compte l'intérêt particulier. C'est le cas notamment de l'état civil : « hier destiné à permettre l'identification du sujet grâce à des caractéristiques stables et objectives, l'état civil tend désormais aussi à permettre à chacun d'affirmer sa propre personnalité »²⁶⁵⁸, sous l'influence de l'affaiblissement du principe d'indisponibilité de l'état²⁶⁵⁹. Visible et médiatisée en matière de changement de sexe, l'évolution existe également en matière de nom et de prénom. Caricaturant cette évolution, certains ironisent en imaginant que l'on puisse demain changer d'âge à l'état civil²⁶⁶⁰.

²⁶⁵⁷ Sur l'emploi des articles de la Convention européenne des droits de l'homme en droit du travail : v. par ex. en matière de respect de la vie privée, rendu aux vises des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail (ancienne numérotation de l'article L. 1121-1 du code du travail) : Soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942 (souvent dit arrêt *Nikon*). Sur la possibilité de choix du domicile : Soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308. Sur une clause de mobilité : Soc. 12 janv. 1999, n° 96-40.755 (v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 157, p. 155). Recours à l'article 8 pourtant non-systématique (sur une clause de mobilité sans recours à la Conv. EDH, v. par ex. : Soc., 13 janv. 2009, n° 06-45.562, ou encore une clause de résidence Soc., 13 avr. 2005, n° 03-42.965). Sur la liberté religieuse, v. le fameux arrêt Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369 (v. E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 704, p. 400 et 401), ou encore Soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738 (v. E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 699, p. 397). Sur un conflit de droits entre le droit à la preuve de l'employeur et la vie privée du salarié, v. Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.058 (v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 286 et s., p. 294 et s.). Sur le contrôle du contrat de travail au regard des droits et libertés fondamentaux, v. aussi C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 157, p. 154 et s.

²⁶⁵⁸ D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes : promotion ou déformation ? », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018, n° 57, en particulier note de bas de page 151.

²⁶⁵⁹ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit – Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 247 et s., n° 1, p. 247.

²⁶⁶⁰ *Ibid.* : « On peut changer de sexe, de prénom, de nom, pourra-t-on demain changer d'âge après s'être plongé dans quelque bain de jouvence [...] ? » ; M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 219 : « L'état-civil n'est pas en effet la transcription du "ressenti" des personnes et de leur perception interne. Certains se sentent plus jeunes dans leur tête, ou même font plus jeunes que l'âge indiqué sur leur carte d'identité : faudrait-il pour autant leur autoriser le changement ? ».

Alors qu'il constituait un moyen d'identification des personnes par différentes caractéristiques²⁶⁶¹ – enjeu d'intérêt général – l'état civil se « subjectivise »²⁶⁶² et se teinte de liberté²⁶⁶³. Toutefois, la nouvelle fonction n'a pas nécessairement vocation à remplacer la fonction initiale : le mouvement tendant à la « conception individualiste de l'état des personnes »²⁶⁶⁴ permet certaines modifications qui ne soustraient pas pour autant les sujets à l'identification par les autorités.

B. La modification des règles sous l'influence des intérêts particuliers

663. Le professeur Marc Pichard écrivait déjà dans sa thèse de doctorat que les « droits à »²⁶⁶⁵ dirigés « contre l'interdit » constituaient le « masque de la liberté »²⁶⁶⁶. En effet, l'invocation des intérêts particuliers, soutenus par les droits fondamentaux, peut entraîner un « recul des interdits »²⁶⁶⁷ fondés sur l'intérêt général. Plusieurs exemples de ce phénomène peuvent être cités²⁶⁶⁸. L'acceptation des conséquences de modes de procréations prohibées en droit interne (1), le recul de certains interdits en matière de mariage (2), de nouvelles conditions d'application de la loi (3) ou encore le refus de certaines différences de traitement (4) participent ainsi à l'assouplissement des certaines règles légales.

1. L'acceptation de conséquences de pratiques de procréation interdites

664. **L'admission de situations illégales dotées d'un élément d'extranéité.** Les pratiques de procréation illicites sont ambiguës car elles sont souvent réalisées hors du territoire. Par conséquent, les autorités se trouvent en situation de régenter les effets d'actes

²⁶⁶¹ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », *art. préc.*, n° 6, spéc. p. 253.

²⁶⁶² D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel... », *art. préc.*, n° 58.

²⁶⁶³ A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », *art. préc.*, n° 11 et s., p. 256 et s.

²⁶⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁶⁵ Sur le lien entre « droits à » et droits fondamentaux, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 159, p. 249.

²⁶⁶⁶ M. Pichard, *thèse préc.*, n° 85 et s., p. 113 et s.

²⁶⁶⁷ F. Chénéde, « Brèves remarques... », *art. préc.*, spéc. p. 42.

²⁶⁶⁸ Nous nous limiterons ici aux exemples en droit privé à l'exclusion du droit pénal conformément au thème de l'étude, mais nous signalons tout de même quelques études sur ce sujet, notamment sur les faits justificatifs. V. C. Dubois, « L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal », *Rev. dr. Assas*, n° 20, sept. 2020, p. 62 et s., spéc. p. 69. L'auteur parle de « la possibilité d'invoquer l'article 10 [de la Convention européenne des droits de l'homme] pour faire échec à des infractions totalement étrangères à la liberté d'expression » (p. 68) et elle évoque notamment le délit d'escroquerie contre une journaliste s'étant infiltrée dans un parti politique dans le but d'écrire un article (Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83.774). Sur les pratiques sexuelles sadomasochistes : CEDH, 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99 ; M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 159 ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005.2973 (l'auteur décrit la « liberté sexuelle » comme un nouveau « fait justificatif au sens précis qu'à ce terme en droit pénal »). V. aussi E. Dreyer, « La Convention européenne des droits de l'homme comme cause d'irresponsabilité pénale ? », *D.* 2023.124 ; A. Cappello, « La liberté d'expression : un nouveau fait justificatif ? », *AJ Pénal* 2020.339.

prohibés en droit interne mais réalisés légalement à l'étranger. Toutefois, l'admission des conséquences de telles situations n'est pas sans influence sur la portée des interdictions.

665. La gestation pour autrui. L'exemple le plus célèbre est l'admission sur le territoire français des effets de gestations pour autrui effectuées à l'étranger, qui « sans remettre en cause, théoriquement l'interdiction absolue de la gestion pour autrui, [...] en affaiblit inévitablement la portée en imposant de reconnaître comme légaux les effets d'une situation qui ne l'est pas »²⁶⁶⁹. Aujourd'hui en droit interne, le « régime juridique de la gestation pour autrui » est pour le moins « ambivalent »²⁶⁷⁰ : prohibée sur le sol français, ses effets sont tolérés voire protégés lorsqu'elle est pratiquée dans des pays où elle est légale, malgré sa contrariété à la conception française de l'ordre public international²⁶⁷¹. En dépit de la prise en compte de certains effets de cette interdiction dans un arrêt récent²⁶⁷² et du frein issu de la modification récente de l'article 47 du code civil par la loi du 2 août 2021²⁶⁷³, la prohibition semble sensiblement affaiblie.

666. L'insémination *post mortem*. Dans une logique similaire, l'arrêt *Gonzalez-Gomez*²⁶⁷⁴ admit en 2016, sur le fondement du droit à la vie privée et familiale, un transfert de gamètes en Espagne pour la réalisation d'une insémination *post mortem*. La solution fut justifiée par l'élément d'extranéité de la réalisation de l'acte médical : la requérante, ressortissante espagnole, souhaitait réaliser cet acte, légal dans son pays d'origine. D'ailleurs, le Conseil d'État refusa, dans une autre affaire aux faits similaires, le transfert d'embryons vers

²⁶⁶⁹ L. Benezech, *thèse préc.*, n° 477, p. 257. Plus loin n° 478, p. 259 : « La jurisprudence de la Cour européenne vient se superposer sans se substituer aux traditions juridiques nationales créant ainsi une situation de confrontation et de coexistence forcée entre des régimes juridiques parfois difficilement conciliables ».

²⁶⁷⁰ *Ibid.*, n° 477, p. 258.

²⁶⁷¹ V. par ex. Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 10-19.053.

²⁶⁷² Civ. 1^{re}, 12 sept. 2019, n° 18-20.472. Pour des commentaires de cette solution, v. A.-M. Leroyer, « L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA », *RTD civ.* 2019.838, F. Chénéde, « La filiation de l'enfant né d'une GPA française : cohérence juridique *versus* appréciation morale », *AJ Fam.* 2019.531 et H. Fulchiron, « Vérité biologique, prohibition de la GPA, fraude à l'adoption et intérêt de l'enfant : comment trouver un juste équilibre ? », *Dr. fam.* 2019.216. La situation de cet arrêt était très particulière : une femme avait conclu un contrat de gestation pour autrui avec un couple d'hommes dont l'un d'eux était le père biologique de l'enfant et l'autre avait procédé à une reconnaissance prénatale. La mère porteuse avait ensuite prétendu que l'enfant était mort-né et l'avait confié à un couple hétérosexuel dont l'homme avait procédé à une reconnaissance. Le père biologique de l'enfant contesta cette dernière paternité qui avait été la seule prise en compte par l'officier d'état civil et se vit opposer une fin de non-recevoir, sa demande étant considérée comme fondée sur un contrat de gestation pour autrui frappé de nullité absolue. En outre, en raison de l'intérêt de l'enfant qui avait vécu depuis sa naissance avec le second couple, les juges estimèrent qu'il n'y avait pas d'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale du demandeur.

²⁶⁷³ Phrase qui exige la conformité de la transcription à la réalité telle qu'elle est envisagée par la loi française, sur ce point, v. *infra*, n° 709 et s. et loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ; A. Karila-Danziger et F. Guillaume Joly, « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ Fam.* 2021.582.

²⁶⁷⁴ CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848.

l'Espagne à une ressortissante française ; il semble que l'élément d'extranéité ait été déterminant dans les deux cas²⁶⁷⁵.

667. La procréation assistée pour les couples de femmes. Dans un avis de 2014, la Cour de cassation avait estimé que l'insémination artificielle réalisée à l'étranger par un couple de femmes, pratique interdite jusqu'à la réforme de 2021²⁶⁷⁶, « ne fai[sai]t pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption [étaient] réunies et qu'elle [était] conforme à l'intérêt de l'enfant »²⁶⁷⁷. Quelques années plus tard, dans un arrêt du 18 décembre 2019²⁶⁷⁸, la Cour de cassation admit la transcription d'un acte de naissance désignant un couple de femmes comme mères, dans des circonstances similaires à celles décrites dans l'avis de 2014. Le raisonnement, fondé sur l'article 47 du code civil, est similaire à celui employé en matière de transcription des actes de gestation pour autrui : les juges estiment que dès lors que l'acte de naissance n'est pas falsifié et que les faits qu'il contient correspondent à la réalité, la circonstance qu'il désigne deux femmes comme parents sans procédure d'adoption – seul moyen d'établir une double filiation à l'égard d'un couple de femmes avant la réforme de 2021 – étant considérée comme indifférente.

668. Ces situations conduisent sans doute à faire reculer les interdits, bien que leur remise en cause formelle ne soit pas immédiate.

2. Le recul des interdits en matière de mariage

669. La tolérance de mariages irréguliers. La prise en compte d'intérêts particuliers a également pour conséquence d'affaiblir certaines interdictions d'intérêt général. L'arrêt du 4 décembre 2013 validant le mariage entre une femme et le père de son ex-époux²⁶⁷⁹ en constitue une illustration²⁶⁸⁰. Le droit à la vie privée et familiale fut soulevé d'office par les juges, pour étayer la demande de maintien du mariage par l'épouse. Ils estimèrent que, bien que

²⁶⁷⁵ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 6, v. CE, réf., 24 janv. 2020, n° 437328. Dans le même sens, CE, 17 mai 2023, n° 473666. Dans des circonstances de fait proches, mais dans lesquelles le refus de transfert des gamètes est justifié par l'âge et non le décès des conjoints, v. CE, 27 oct. 2022, n° 467726 et 467727 (2 décisions). Dans ces cas, la nationalité du requérant et son lien avec le pays destinataire sont pris en compte. Sur ces décisions et l'élément d'extranéité, v. A.-M. Leroyer, « L'exportation de gamètes au prisme du contrôle de proportionnalité *in concreto* », *RTD civ.* 2023.80.

²⁶⁷⁶ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

²⁶⁷⁷ Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.006. Sur cet avis, v. (sur le fond) A.-M. Leroyer, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014.2031 et (davantage axé sur la procédure) H. Fulchiron, « Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de cassation », *D.* 2015.21.

²⁶⁷⁸ Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-14.751.

²⁶⁷⁹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

²⁶⁸⁰ D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel... », *art. préc.*, n° 95 : l'auteur souligne que c'est malgré la réaffirmation par le Conseil constitutionnel du caractère d'intérêt général de l'interdit de l'inceste en matière de pacs.

le délai de prescription de la contestation ne fût pas écoulé, il y avait lieu de refuser une annulation qui, de nombreuses années après l'union, aurait porté une atteinte disproportionnée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Bien que l'article 161 du code civil ne fût pas remis en cause dans son principe, le mariage célébré en violation de ses exigences est toléré. La solution ne fut toutefois pas réitérée dans l'arrêt du 8 décembre 2016, qui concernait cette fois le mariage entre un homme et la fille de son ex-épouse²⁶⁸¹. Les juges estimèrent en l'espèce que les circonstances de fait justifiaient l'annulation. Ce n'est toutefois, ni la loi, ni les considérations d'intérêt général qui motivèrent la solution, mais l'intérêt de l'épouse : la pratique semble donc admettre rétrospectivement des mariages que la loi interdit. L'interdiction fondée sur l'intérêt général n'est donc plus ni indiscutable, ni automatique : c'est la balance des intérêts qui permet de statuer.

670. Remise en cause de l'interdit de l'inceste par l'admission d'une double filiation ? Dans un arrêt du 8 juin 2017, la cour d'appel de Caen donna l'impression de remettre en cause l'interdiction de la double filiation en cas de conception incestueuse. Les deux parents étaient nés de la même mère mais n'avaient pas grandi ensemble : s'étant rencontrés à l'âge adulte, ils entretenirent une liaison et eurent une fille. Le père effectua une reconnaissance prénatale et le nom de la mère fut inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant. Quelques années plus tard, le lien de filiation maternel fut annulé à la demande du procureur de la République et la mère fit appel du jugement, sans que le père ne fasse de même. La Cour d'appel infirma l'annulation aux motifs que « la prohibition de l'inceste demeurant un interdit absolu, et l'annulation du lien de filiation paternelle n'étant en l'état pas dévolue à la cour, il convient en conséquence de déterminer si, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le lien de filiation maternelle doit néanmoins être maintenu »²⁶⁸². L'enfant vivait en effet avec sa mère, avait peu de contacts avec son père et les juges ne pouvaient se prononcer sur la filiation de ce dernier, hors du champ du litige. Ils écartèrent donc l'application à l'espèce de l'article 310-2 du code civil, sur le fondement combiné des articles 8 et 14 de la Convention européenne et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Plusieurs éléments rendent cet arrêt singulier. Tout d'abord, le ministère public, à l'origine de la contestation du lien de filiation maternel, soutint l'appel formé par la mère²⁶⁸³ : il aurait en effet peut-être mieux valu, pour assurer le respect de l'article 310-2, attaquer le lien paternel – l'enfant vivait avec sa mère et n'avait que peu de liens avec son père²⁶⁸⁴. Par

²⁶⁸¹ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

²⁶⁸² CA Caen, 3^e civ., 8 juin 2017, n° 16/01314.

²⁶⁸³ H. Fulchiron, « L'enfant né d'un inceste », *Dr. fam.* 2017.224.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*

conséquent, les juges étaient probablement moins animés par la volonté de remettre en cause l'article 310-2 du code civil que par la nécessité de ne pas mettre en difficulté la mère et la fille à cause d'une « erreur de droit »²⁶⁸⁵ du ministère public. Cette erreur s'explique très probablement par la circulaire du 30 juin 2006, qui exige dans ce cas de figure, que ce soit la filiation maternelle qui soit annulée²⁶⁸⁶, ce qui revient à considérer qu'elle a été établie « en second » au sens de l'article 310-2 du code civil. Une telle interprétation apparaît illégale : les deux filiations ont sans aucun doute été établies en même temps, les deux modes d'établissement prenant leurs effets au jour de la naissance²⁶⁸⁷, rendant impossible la détermination d'un quelconque ordre, et empêchant donc la désignation du lien de filiation devant être annulé²⁶⁸⁸. Outre sa probable illégalité, la circulaire n'a pas de valeur obligatoire ; le ministère public aurait donc dû s'en affranchir²⁶⁸⁹. Il aurait mieux valu que soit maintenue la filiation maternelle qui aurait dû primer sur la reconnaissance volontaire, fût-elle anténatale²⁶⁹⁰. Si cet arrêt laisse entrevoir une remise en cause, dans l'intérêt de l'enfant, de la prohibition du double lien de filiation en matière d'inceste, les circonstances de l'affaire en font un cas très particulier qui ne saurait être généralisé²⁶⁹¹.

²⁶⁸⁵ H. Fulchiron, « L'enfant né d'un inceste », *art. préc.*, spéc. p. 20.

²⁶⁸⁶ Circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation, I.1.3 : « En cas de reconnaissance paternelle prénatale, l'officier de l'état civil, doit, s'il en a connaissance lors de la déclaration de naissance, refuser d'inscrire le nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant ». V. également F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *Droit civil – La famille*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2018, n° 491, p. 461 et V. Deschamps, *Le fondement de la filiation*, préf. D. Fenouillet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 592, 2019, n° 922, p. 783 ; Centre de recherche droits et perspectives du droit (CRDP) – L'ERADP Univ. Lille 2 Droit et Santé, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 16 (1^{re} partie) », *LPA*, 17 déc. 2018, n° 251, p. 3 et s., spéc. p. 9.

²⁶⁸⁷ Y compris pour la reconnaissance prénatale, bien que l'acte soit antérieur, v. F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *Droit civil...*, *op. cit.*, n° 491, p. 461.

²⁶⁸⁸ T. Gare, « Filiation de l'enfant incestueux : ordre public ou intérêt de l'enfant ? », *RJPF* 2017.31.

²⁶⁸⁹ V. Deschamps, *thèse préc.*, n° 922, p. 784.

²⁶⁹⁰ H. Fulchiron, « L'enfant né d'un inceste », *art. préc.*

²⁶⁹¹ L'évolution de la perception de la double filiation incestueuse prend en réalité une direction incertaine. Certains indices montrent un renforcement de l'interdiction, comme le nouvel article 343-3 du code civil issu de la loi de 2022 qui prohibe l'adoption intrafamiliale (loi n° 2022-219 du 21 févr. 2022 visant à réformer l'adoption). D'un autre côté, certaines doubles filiations incestueuses sont admises : ainsi dans un arrêt Civ. 1^{re}, 16 déc. 2020, n° 19-22.101 (qui n'est pas fondé sur les droits fondamentaux), la Cour de cassation admet l'exequatur d'un jugement prononçant l'adoption par une femme des enfants de son frère décédé en estimant que, dès lors que les enfants ne sont pas nés d'un inceste, cela ne heurte pas la conception française de l'ordre public international. Bien que cette interprétation soit défendable au regard de la situation, certains auteurs ont considéré que cela relevait d'une forme d'inceste « symbolique » (A. Batteur et A. Gosselin-Gorand, « L'adoption plénière des enfants d'un frère décédé : l'interdit de l'inceste en question (Civ. 1^{re}, 16 déc. 2020, n° 19-22.101) », *D.* 2021.430). Il semble que ce soit en réalité l'intérêt de l'enfant qui guide la solution dans tous ces cas (*ibid.* et au sujet de l'arrêt de CA Caen, 3^e civ., 8 juin 2017, n° 16/01314 : A. Batteur, « L'enfant né d'un inceste entre frère et sœur : nouvel exemple d'un conflit de filiation insoluble », *D.* 2017.2107). La deuxième phrase du nouvel article 343-3 énonce d'ailleurs que « le tribunal peut prononcer l'adoption s'il existe des motifs graves que l'intérêt de l'adopté commande de prendre en considération », ce qui montre une attention aux cas particuliers.

671. Ainsi, le contrôle de proportionnalité de l'application de la loi au cas par cas conduit à remettre en cause certains interdits, voire à les « hiérarchiser »²⁶⁹².

3. De nouvelles conditions d'application de la loi

672. **L'apparition de nouvelles conditions d'application.** Certaines propositions faites dans le but de rationaliser la pratique du contrôle de proportionnalité *in concreto* pourraient conduire à des évolutions dans les solutions, notamment à travers le recours à la casuistique²⁶⁹³. « Part[ant] de l'espèce litigieuse »²⁶⁹⁴, il s'agirait d'« évincer la loi non pas ponctuellement dans une espèce particulière, *in specie*, mais de manière générale, pour tous les cas semblables, *in casu* »²⁶⁹⁵. Cette solution, suggérée par le rapporteur public pour l'arrêt *Gonzalez-Gomez*²⁶⁹⁶, mais également pour la Cour de cassation pour l'arrêt du 4 décembre 2013 – au regard de la durée du mariage, notamment²⁶⁹⁷ – tendrait à déterminer des « types de cas » pour étendre les solutions²⁶⁹⁸, au moyen d'un contrôle lourd sur les décisions des juges du fond, « non pas [...] pour revenir subjectivement sur l'appréciation de la disproportion opérée par les juges du fond, mais [...] pour fixer objectivement les contours, puis à l'avenir contrôler le respect, des *conditions* qui pourraient justifier l'éviction de la loi non seulement pour les demandeurs mais aussi pour les justiciables qui seraient dans la même situation »²⁶⁹⁹. À suivre ce raisonnement, bien que soucieux du respect du principe d'égalité, on en vient purement et simplement à ajouter des conditions à l'application de la loi, ou à ajouter de nouvelles exceptions à sa mise en œuvre. Peut-être le juge ajoute-t-il déjà implicitement des conditions à la loi par l'exercice du contrôle de proportionnalité qui conduit à adopter des solutions non prévues par la règle générale²⁷⁰⁰.

²⁶⁹² X. Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

²⁶⁹³ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *préc.*, env. 2:10:30 ; v. aussi F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *art. préc.* et F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*

²⁶⁹⁴ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:11 :32.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*, env. 2:11:33.

²⁶⁹⁶ *Ibid.*

²⁶⁹⁷ *Ibid.*, env. 2:11 :53.

²⁶⁹⁸ *Ibid.*

²⁶⁹⁹ *Ibid.*, env. 2:13:20, nous soulignons. *Contra* F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 5, p. 39 : « La difficulté surgit dans l'opposition *in concreto* et *in abstracto*, lorsque c'est l'application de la règle au cas qui est écartée au-delà de la règle de droit en elle-même. Or on ne voit pas comment faire un contrôle *in concreto* sans ajouter à la loi des exceptions qu'elle exclut formellement », et plus loin p. 40 : « Dans cette classification, on s'aperçoit que la proportionnalité exercée dans le cadre de la rationalité juridique n'est pas un synonyme du règne généralisé de l'équité bien que les deux idées soient liées. Il ne s'agit pas d'introduire des exceptions dans l'application de la loi mais de vérifier que la loi est bien conforme aux exigences de la Convention, comme le fait par ailleurs le Conseil constitutionnel pour la Constitution. Il n'y a donc nulle révolution à opérer, tout juste une évolution : le juge judiciaire doit s'acclimater à une forme de contrôle dans lequel baigne par nature le juge constitutionnel. Mais il ne doit pas aller au-delà sous peine de faire du cas par cas ».

²⁷⁰⁰ Sur la « clause de fondamentalité » décrite par certains auteurs, v. *supra*, n° 571.

4. La difficulté de justifier certaines différences de traitement avec l'intérêt général

673. Le contrôle du principe d'égalité en droit constitutionnel suppose d'examiner deux cas de figure. La formule classique du Conseil constitutionnel est la suivante : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Le premier cas dans lequel la différence de traitement est admise est celui de la différence de situation. La seconde hypothèse est celle dans laquelle le législateur traite différemment des circonstances qui pourraient être considérées comme équivalentes en justifiant d'un motif d'intérêt général et en rattachant la différence de traitement à l'objet de la loi. Dans ce dernier cas, la contestation de l'intérêt général au moyen des intérêts particuliers portés par des droits fondamentaux peut conduire à la remise en cause de la solution adoptée par le législateur. Le mécanisme est comparable devant la Cour européenne des droits de l'homme : une différence de traitement n'est tolérée que si elle comporte une « justification objective et raisonnable »²⁷⁰¹. L'intérêt général se trouve donc la cible et la cause des évolutions substantielles liées au principe d'égalité. Dès lors que la justification de la différence de traitement est attaquée, cette dernière est nécessairement fragilisée.

674. L'influence du principe d'égalité sur les distinctions en droit. Dès le début des années 2000, le professeur Marc Pichard démontrait que le « droit à » pouvait servir « d'instrument rhétorique [...] pour contester une distinction [...] estimée discriminatoire »²⁷⁰². Il décrivait ainsi le « droit à »²⁷⁰³ qui, invoqué « contre une distinction », devenait le « masque de l'égalité »²⁷⁰⁴. Loin de s'être atténué, ce mouvement semble avoir pris une ampleur sans précédent avec les droits fondamentaux et en particulier les textes porteurs, sous différentes formes, de droits allant du principe d'égalité à l'interdiction de la discrimination. Le professeur François Chénéde parle quant à lui de « recul des hiérarchies », pour décrire un phénomène similaire²⁷⁰⁵, appliqué plus particulièrement aux droits fondamentaux. En effet, en exerçant un contrôle sur les distinctions, les juges des droits de l'homme peuvent raisonner par

²⁷⁰¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 285 et s., p. 450 et s.

²⁷⁰² M. Pichard, *thèse préc.*, n° 104, p. 134.

²⁷⁰³ Sur le lien entre « droits à » et droits fondamentaux, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 159, p. 249.

²⁷⁰⁴ M. Pichard, *thèse préc.*, n° 104 et s., p. 134 et s.

²⁷⁰⁵ F. Chénéde, « Brèves remarques... », *art. préc.*, spéc. p. 42.

analogie à l'infini et unifier les solutions²⁷⁰⁶ en portant une appréciation propre sur les similitudes et différences de situations.

675. L'exemple du droit des successions. L'un des exemples les plus célèbres de disparition totale d'une distinction juridique sous l'influence des droits fondamentaux est celui des suites de l'affaire *Mazurek contre France*²⁷⁰⁷. Cet arrêt très remarqué portait sur la contestation par un fils du partage de la succession de sa mère : enfant dit « adultérin » et sans filiation paternelle, il avait vu sa part successorale diminuée au profit de son frère utérin, enfant dit « naturel », mais « légitimé » par le mariage de ses parents²⁷⁰⁸. Était contestée la compatibilité de l'ancien article 760 du code civil, qui disposait qu'un enfant dit « adultérin » – c'est-à-dire conçu par l'un des parents avec une tierce personne alors qu'il était engagé dans les liens du mariage – devait céder la moitié de la part qui lui revenait aux enfants dits « légitimes », autrement dit issus du mariage²⁷⁰⁹. Le requérant considérait en effet qu'une telle disposition portait atteinte aux articles 8 et 1^{er} du premier Protocole additionnel, tous deux combinés avec l'article 14. Il est à noter que le mécanisme de cet article est différent de celui du principe d'égalité en France. L'article 14 de la Convention *interdit les différences* de traitement lorsqu'elles sont justifiées par un certain nombre de raisons. La jurisprudence de la Cour fait entrer l'intérêt général, pourtant absent du texte, dans sa mise en œuvre en considérant qu'une différence de traitement peut être autorisée dès lors qu'elle a une justification « objective et raisonnable », c'est-à-dire, si elle poursuit un « but légitime » et s'il existe une proportionnalité « raisonnable [...] entre les moyens employés et le but visé »²⁷¹⁰. Dans l'arrêt *Mazurek*, si la Cour européenne admet que « la protection de la famille traditionnelle » puisse être qualifiée de « but légitime »²⁷¹¹, elle estime cependant que la différence de traitement n'est pas proportionnée à cet objectif²⁷¹². Deux choses sont intéressantes à noter : d'une part la Cour admettant la discrimination fondée sur la combinaison des articles 1^{er} du premier Protocole et de l'article 14, elle n'examine pas le grief tiré de la combinaison des articles 14 et 8, qui est

²⁷⁰⁶ N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 326 à 330, p. 259 à 264 et n° 333 et s., p. 265 et s. : l'auteur parle de « l'égal accès aux situations différentes ».

²⁷⁰⁷ CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, *préc.*

²⁷⁰⁸ *Ibid.*, §7 à 9 et §27.

²⁷⁰⁹ Anc. art. 760 c. civ., al. 1 : « Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes ».

²⁷¹⁰ Notamment CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, *préc.*, §48.

²⁷¹¹ CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, *préc.*, §50.

²⁷¹² *Ibid.*, §55.

pourtant distinct²⁷¹³ ; d'autre part, elle n'interroge en aucun cas l'application de l'article 1^{er} du premier Protocole à des droits successoraux, ce qui ne relève pourtant pas de l'évidence²⁷¹⁴. La condamnation de la France à l'occasion de l'arrêt *Mazurek* eut pour conséquence directe la modification des textes du code civil lors de la réforme du 3 décembre 2001 afin de faire disparaître la différence successorale entre enfants légitimes et adultérins²⁷¹⁵.

C. L'apparition de nouvelles actions : filiation et fins de non-recevoir

676. La prise en compte de nouveaux intérêts face à l'intérêt général peut donner lieu à de nouvelles possibilités en termes d'action en justice²⁷¹⁶. L'un des exemples les plus célèbres est celui de la remise en cause des délais de prescription et de forclusion en matière de filiation. Malgré l'acquisition d'un délai de prescription ou de forclusion – article 333 du code civil²⁷¹⁷, certains justiciables tentèrent de contourner l'impossibilité d'agir en invoquant l'article 8 de la

²⁷¹³ A. Gouttenoire et F. Sudre, « L'incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l'enfant adultérin à la Convention EDH », *JCP G* 2000.II.10286, n° 7 à 10.

²⁷¹⁴ F. Terré *et al.*, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, *op. cit.*, n° 33, p. 40. *Contra* A. Gouttenoire et F. Sudre, « L'incompatibilité... », *art. préc.*, n° 5.

²⁷¹⁵ F. Terré *et al.*, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, *op. cit.*, n° 35, p. 43, les auteurs soulignent d'ailleurs que cette modification apparaissait même dans l'intitulé de la loi : loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral. Toutefois : F. Monéger, « Les droits successoraux des enfants adultérins », *RDSS* 2000.607 : il convient cependant de souligner que la réforme était en projet déjà avant l'arrêt de la Cour européenne et que ce dernier n'a probablement fait qu'accélérer le processus d'évolution de la loi.

²⁷¹⁶ Dans sa thèse de doctorat, la professeure Anne Debet décrivait déjà ce phénomène. Le droit positif ayant beaucoup évolué dans ce domaine, on se contentera de le signaler ici, l'exemple n'étant plus vraiment d'actualité. Elle souligne que l'action pour changer de sexe à l'état civil en l'absence d'erreur n'est pas une action en rectification de l'état civil mais une « action en réclamation d'état » (A. Debet, *thèse préc.*, n° 341, p. 339), qui est née grâce à la prise en compte d'intérêts particuliers face à l'intérêt général, qui était historiquement considéré comme l'immutabilité de l'état civil (Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, n° 88-12.829, puis un revirement par l'arrêt Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 à la suite notamment de l'arrêt CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87). L'action a désormais été simplifiée : des premières rectifications qui exigeaient une opération chirurgicale, la loi du 18 novembre 2016 (loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) permet désormais, sur le fondement de l'article 61-5 du code civil au moyen d'une « réunion suffisante de fait » de changer la mention du sexe à l'état civil dès lors que le sexe inscrit « ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue ». Par ailleurs, en matière de droit de la filiation, on a cru à la reconnaissance d'un « droit à l'identité », à travers la possibilité d'une « action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise » (M. Douchy-Oudot, « Contentieux familial », *D.* 2015.649, à propos de l'arrêt Civ. 1^{re}, 13 nov. 2014, n° 13-21.018). Finalement, Civ. 1^{re}, 14 mars 2018, n° 17-12.060 : « selon l'article 16-11 du code civil, l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée, en matière civile, qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par un juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention de subsides », l'action semble avoir été fermée (D. Fenouillet, « L'exacerbation de la volonté de l'enfant : le droit aux origines personnelles, soutien de la vérité biologique au détriment de la vie familiale ? », *Dr. fam.* 2020.30005, n° 28).

²⁷¹⁷ Cet article et la rigidité de son délai ont été fortement critiqués : J. Garrigue, « Prescription, forclusion et filiation », in *Au-delà des codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 237 et s., l'auteur allant jusqu'à suggérer la référence à la Convention européenne pour assouplir cette rigueur (n° 39 et s., p. 285 et s.). V. aussi J. Garrigue, « Nouveau plaidoyer pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière de filiation », in *La CEDH et le droit de la famille*, J.-R. Binet et A. Gouëzel (dir.), éd. IFJD, 2021, p. 43 et s.

Convention sur le fondement du droit à la vie privée et familiale : l'admission de l'action par les juges revenait alors au contournement d'une fin de non-recevoir²⁷¹⁸.

677. Différence d'approche entre la première et la deuxième chambre civile sur les délais de prescription en matière de filiation. La deuxième chambre civile, sans s'attarder particulièrement sur les délais de prescription et de forclusion liés à la filiation, estime que seul un simple contrôle *in abstracto* doit être effectué, dès lors que l'application du délai était prévisible²⁷¹⁹, à l'exception des cas dans lesquels la loi elle-même prévoit une marge d'action pour le juge, comme c'est le cas par exemple de certains articles du code de procédure civile qui soumettent l'application du délai à l'appréciation d'une « force majeure », d'un « motif légitime » ou de l'absence de « conséquences manifestement excessives »²⁷²⁰. Par analogie, il semble que les délais de prescription et de forclusion dits « péremptoires »²⁷²¹, tels que ceux de la filiation, ne soient pas concernés par le contrôle *in concreto*. La deuxième chambre civile, semble percevoir le danger lié à l'assouplissement de ces fins de non-recevoir, notamment en termes de sécurité juridique²⁷²².

678. La prescription en matière de filiation. En principe, l'acquisition de la prescription ou du délai préfix, ou de forclusion, constitue une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure civile²⁷²³. La fin de non-recevoir est « le moyen de défense qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir [...] et peut être invoqué en tout état de cause »²⁷²⁴. Bien que la remise en cause d'un délai de prescription ou de forclusion acquis n'ait jamais prospéré en pratique, la première chambre civile admet le contrôle de proportionnalité concret dans ce domaine, ce que refuse la deuxième chambre civile²⁷²⁵. Le contournement de fins de non-recevoir pourrait permettre d'ouvrir de nouvelles actions en justice en rendant recevables des prétentions qui en

²⁷¹⁸ V. déjà à propos de l'article 6§1 de la Convention : N. Foulquier, « De la protection des droits... à l'insécurité juridique – Ou la remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme des fins de non-recevoir et des exceptions d'irrecevabilité consacrées par la procédure juridictionnelle française », *RTDH* 2003.1206. Sur le contournement des fins de non-recevoir en matière familiale, mais plus particulièrement sous l'angle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, v. E. Dos-Reis, *Les conflits en droit patrimonial de la famille*, dir. P. Murat, thèse dactyl. Univ. Grenoble Alpes, 2017, n° 68, p. 68.

²⁷¹⁹ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 25 et s.

²⁷²⁰ *Ibid.*, spéc. p. 28 et s., respectivement les art. 910-3, 468 et 526 c. pr. civ.

²⁷²¹ *Ibid.*, spéc. p. 25 et s.

²⁷²² *Ibid.*, spéc. p. 29.

²⁷²³ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 378, p. 316.

²⁷²⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Fin de non-recevoir », p. 462. L'affaiblissement des fins de non-recevoir en droit de la filiation avait déjà été constatée, en raison notamment d'un rapprochement avec la vérité biologique : B. Héno, « Le déclin des fins de non-recevoir en droit de la filiation », *JCP G* 1975.I.2706, n° 3 : l'auteur décrit un phénomène de « disqualification » (en défenses au fond, n° 6) et d'« abandon » des fins de non-recevoir.

²⁷²⁵ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 25 et s.

principe ne devraient pas l'être²⁷²⁶. Étendu à d'autres domaines, le contournement permettrait d'ouvrir des actions hors du champ de la loi.

679. Le contrôle *in abstracto* devant la première chambre civile : le maintien des délais relatifs à la filiation. La première chambre civile effectue dans ce domaine le plus souvent un double contrôle *in abstracto* et *in concreto* centré sur l'opportunité d'appliquer le délai de prescription²⁷²⁷ ; les articles sont d'ailleurs déclarés abstraitement conformes aux droits fondamentaux. Au demeurant, la première chambre civile de la Cour de cassation refusa de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 333 du code civil aux motifs que cet article, « qui régleme les conditions et les délais de l'action en contestation de la filiation, répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les personnes bénéficiant d'une possession d'état, en distinguant selon la durée de celle-ci, afin de stabiliser leur état, dans un but d'intérêt général et en rapport avec l'objet de la loi qui a recherché un équilibre entre les composantes biologique et affective de la filiation, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés »²⁷²⁸. La première chambre civile admet donc les contournements au cas par cas, tout en jugeant par principe le délai conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution.

680. Un contrôle *in concreto* théoriquement favorable au maintien des délais péremptoires en droit de la filiation : illustrations. La première chambre civile contrôle donc la conformité concrète des délais de prescription à la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, elle n'a à ce jour jamais accepté d'en écarter l'application²⁷²⁹. Dans un arrêt du 10 juin 2015, elle refusa d'évincer le texte dans le cas d'une demande d'établissement de filiation biologique en dehors des délais de l'article 333²⁷³⁰. Elle impose ainsi un contrôle de proportionnalité *in concreto* systématique dans ce domaine. L'action avait en l'espèce été rendue possible par l'intervention du ministère public sur le fondement de l'article 336 du code civil, mais comme aucune des conditions alternatives n'était satisfaite – ni fraude, ni

²⁷²⁶ N. Foulquier, « De la protection des droits... », *art. préc.* ; E. Dos-Reis, *thèse préc.*, n° 68, p. 68 ; B. Héno, « Le déclin des fins de non-recevoir en droit de la filiation », *art. préc.*, n° 3.

²⁷²⁷ V. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938 et Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507.

²⁷²⁸ Civ. 1^{re}, 24 févr. 2011, n° 10-40.068.

²⁷²⁹ A.-M. Leroyer, « La prescription des actions relatives à la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité : une épreuve inutile », *RTD civ.* 2021.2453 : considère même que dans ce domaine le contrôle de proportionnalité est un « pur exercice de style ».

²⁷³⁰ Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 : « qu'en se déterminant ainsi, sans répondre aux conclusions [...] qui faisaient valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre le droit revendiqué par [l'enfant] de voir établir sa filiation biologique et les intérêts de[s] [filles du père prétendu], qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ».

invraisemblance – les juges du fond avaient rejeté la demande²⁷³¹, destinée en réalité à contourner la forclusion de l'article 333 du code civil. Il est intéressant de noter qu'ils avaient justement débouté les prétentions comme ne portant que sur « des intérêts privés familiaux » sans atteinte à l'ordre public ; ils en avaient déduit qu'il ne pouvait par conséquent pas y avoir application de l'article 336. La Cour de cassation statua de même, par un contrôle concret, dans des circonstances similaires le 6 juillet 2016²⁷³². Dans un autre arrêt du 2 décembre 2020, elle conclut encore que l'impossibilité d'établir le lien de filiation en raison de la prescription de l'action en établissement par possession d'état, respecte en l'espèce un « juste équilibre » avec le droit à la vie privée et familiale²⁷³³. Bien que n'ayant jamais remis en cause l'application du délai, la Cour de cassation a l'air d'admettre la possibilité de le contourner. Elle laisse entrevoir « une voie nouvelle pour accéder aux origines » par l'enfant qui pourrait désormais disposer de la « stabilité de sa filiation » comme un « droit » auquel il pourrait donc renoncer²⁷³⁴. Bien que de légitimes critiques se soient élevées contre la rédaction et la rigueur de l'article 333²⁷³⁵, il semble que le risque d'éviction au cas par cas ne soit pas nécessairement la solution la plus propice à la sécurité juridique, en particulier en matière de prescription²⁷³⁶. Le juge ira-t-il un jour jusqu'à effectivement remettre en cause le délai²⁷³⁷ ?

²⁷³¹ P. Bonfils et A. Gouttenoire, « Droit des mineurs », *D.* 2016.1966.

²⁷³² Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19.853 : « la cour d'appel a constaté, d'une part, que [l'enfant prétendu], dont la filiation paternelle était concernée, était décédé au jour où elle statuait ; [...] elle a relevé, d'autre part, que ses descendants ne soutenaient pas avoir subi, personnellement, une atteinte à leur vie privée du fait de l'impossibilité d'établir, au travers de celle de leur père, leur ascendance ; [...] après avoir retenu que cette considération était sans objet s'agissant de sa veuve, dont l'ascendance n'était pas en cause, elle en a déduit que l'action engagée par les [descendants de l'enfant prétendu] ne poursuivait qu'un intérêt patrimonial ; [...] en l'état de ces énonciations, elle a pu décider que l'application des règles prévues à l'article 333 du code civil ne portait 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 ».

²⁷³³ Civ. 1^{re}, 2 déc. 2020, n° 19-20.279.

²⁷³⁴ P. Bonfils et A. Gouttenoire, « Droit des mineurs », *art. préc.*, spéc. p. 1967.

²⁷³⁵ J. Garrigue, « Prescription, forclusion et filiation », *art. préc.* ; J. Garrigue, « Nouveau plaidoyer... », *art. préc.* ; A.-M. Leroyer, « Les délais en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme », *RTD civ.* 2019.87.

²⁷³⁶ V. not. sur la motivation : J. Garrigue, « On n'a pas l'éternité devant soi pour faire constater la possession d'état », *RJPF*, n° 2, 1^{er} févr. 2021, commentaire Civ. 1^{re}, 2 déc. 2020, n° 19-20.279. V. aussi F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 13 : « Les lois de prescription, aussi secondaires qu'elles puissent paraître à un novice, font en effet partie des règles les plus fondamentales de l'ordre juridique. Elles garantissent la sécurité juridique des citoyens. Et, effectivement, en écartant le délai de trente ans par bonté d'âme pour l'épouse de plus de vingt ans, la Cour de cassation nous a plongés dans l'incertitude la plus totale. Quel est désormais le délai de prescription de l'action en nullité du mariage incestueux ? » et G. Loiseau, « Contrats et obligations – Régime de l'obligation », *JCP G* 2016.1051, n° 10 : cite Bigot de Préameneu qui disait que « de toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social ». Enfin, F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 12 et 13 : l'auteur encourage la première chambre civile à s'aligner sur la deuxième pour le traitement des délais de prescription tout en requalifiant le délai de l'article 333 de délai de prescription afin de lui apporter la souplesse inhérente aux possibilités d'interruption et de suspension absentes du régime du délai préfix.

²⁷³⁷ Certains l'affirment : G. Loiseau, « Contrats et obligations... », *art. préc.*, n° 10 : « On ne peut donc exclure que les règles sur la prescription soient, dans d'autres circonstances, bousculées sur le terrain des droits fondamentaux ». D'autres en doutent : V. Egéa, « Un semestre de droit procédural de la famille (juill. 2016-

681. Conclusion de la section. L'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public en matière contractuelle, qui manifeste la prise en compte d'intérêts particuliers à travers l'intérêt général, a finalement peu d'influence sur les solutions. La modification du fondement juridique se solde par une relative stabilité substantielle. Toutefois, la situation pourrait entraîner un changement de logique dans le contrôle du contrat incarnée par une inversion entre le principe et l'exception. En dehors de la matière contractuelle, les changements sont plus visibles et bien qu'ils demeurent minoritaires, ils révèlent souvent un affaiblissement de la règle justifiée par l'intérêt général. Cependant, la contestation de l'intérêt général au moyen des intérêts particuliers soutenus par les droits fondamentaux révèle un succès relativement rare de la notion dans le raisonnement du juge.

SECTION 2 : DES MANIFESTATIONS DE L'EFFACEMENT DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LES SOLUTIONS

682. La classification des enjeux d'intérêt général : l'approche purement substantielle de la notion. Il apparaît indispensable de faire un détour par la thèse du professeur Didier Truchet²⁷³⁸ qui s'est attaché à identifier et à classer les enjeux d'intérêt général retenus par le juge administratif²⁷³⁹. Il identifie trois grandes catégories d'intérêt général, qu'il appelle « intérêts publics » : d'une part, les « intérêts publics traditionnels »²⁷⁴⁰ et les « intérêts publics nouveaux »²⁷⁴¹, qui constituent selon lui les « intérêts publics indiscutables »²⁷⁴², et d'autre part, les intérêts « moins évidents »²⁷⁴³. Les intérêts

janv. 2017) », *Dr. fam.* 2017.1, n° 24, l'auteur admet pourtant que l'arrêt « fragilise quelque peu la vigueur du délai de prescription ».

²⁷³⁸ D. Truchet, *thèse préc.*

²⁷³⁹ Pour une autre classification, qui ne sera pas retenue ici : D. Linotte, *thèse préc.*, 1975, p. 391 et 392 : l'auteur distingue quant à lui l'intérêt général « immédiat », celui des individus directement appréhendé, de l'intérêt général « médiate », qui est l'intérêt des citoyens par l'intermédiaire du groupe et qui se rattache donc davantage à l'intérêt étatique. Ainsi, « l'intérêt public n'est pas par essence distinct de l'intérêt des personnes ou des groupes ; il est un arbitrage entre les divers intérêts particuliers » (p. 392). C'est en ce sens que pour cet auteur, l'intérêt général a une nature « dualiste » (p. 392 et s.). L'auteur distingue ainsi les « intérêts de la puissance publique » avec ses intérêts supérieurs tels que « la sûreté », la « défense institutionnelle du régime » et ce qu'il appelle la « Haute police » (p. 397), mais aussi la « défense nationale » (p. 398) ou encore les « intérêts financiers » et des « finances publiques », de plus en plus souvent admis (p. 399). Enfin, il classe dans les intérêts de la puissance publique « l'intérêt national » ainsi que « l'intérêt du service » (p. 400 et 401). Les intérêts publics peuvent également être « catégoriels » (p. 402 et s.), ils se distinguent alors de l'intérêt « du public » et qui n'est pas non plus exactement un intérêt qui « concerne [...] directement la totalité ni même une majorité de la population » (p. 402) : il cite en ce sens « l'intérêt du groupe professionnel des médecins » ou encore « l'intérêt de l'agriculture » (p. 403). Ces intérêts se distinguent ainsi de « l'intérêt du public », qui constitue un « intérêt public immédiat » car il touche directement et individuellement l'utilisateur (p. 406 et s.).

²⁷⁴⁰ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 288.

²⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 290.

²⁷⁴² *Ibid.*, p. 295.

²⁷⁴³ *Ibid.*

« traditionnels »²⁷⁴⁴ regroupent les « services publics »²⁷⁴⁵ et leur « bon fonctionnement »²⁷⁴⁶, « l'ordre public sous toutes ses formes »²⁷⁴⁷ et « un certain souci de "l'environnement" et de "l'urbanisme" »²⁷⁴⁸. Parmi les intérêts publics nouveaux se trouve « l'intérêt public social [...] qui s'attache à la protection ou à l'amélioration, par des actions directes et spécifiques, des conditions d'existence des individus »²⁷⁴⁹ et qui intègre notamment l'enjeu d'hygiène publique au sein d'un « ensemble beaucoup plus vaste : l'intérêt de la santé publique »²⁷⁵⁰. L'auteur évoque également « l'intérêt économique »²⁷⁵¹, catégorie très « importante »²⁷⁵², ainsi que « l'intérêt public lié à l'utilisation du sol »²⁷⁵³. Les intérêts « moins évidents »²⁷⁵⁴ rassemblent quant à eux « l'intérêt financier de l'administration »²⁷⁵⁵, dont l'intégration dans la jurisprudence administrative fut progressive²⁷⁵⁶, et les « intérêts privés »²⁷⁵⁷. Cette présentation apparaît encore d'actualité. Elle permet en effet d'identifier de grandes familles d'enjeux d'intérêt général : l'ordre public, au sens administratif du terme, qui recouvre la sécurité, la morale et l'hygiène, et par extension, « l'environnement » et « l'urbanisme » ; tout ce qui touche aux intérêts liés à la protection sociale et à la santé ; l'économie ; l'intérêt financier de l'État et des administrations ; enfin, les intérêts privés, fort variés.

683. Extension contemporaine de la classification. Cette classification est très utile pour une analyse contemporaine de l'intérêt général. Globalement, il apparaît que l'intérêt général porte deux grands types d'enjeux : des enjeux à caractère privé ou intérêts particuliers, d'une part, et des enjeux davantage axés sur l'intérêt public et les problématiques collectives,

²⁷⁴⁴ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 288.

²⁷⁴⁵ *Ibid.* : l'auteur cite notamment : « enseignement ; santé ; défense et aussi : production et distribution de l'énergie ; fourniture d'eau ; communications ; assistance ».

²⁷⁴⁶ *Ibid.*

²⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 289.

²⁷⁴⁸ *Ibid.* : l'auteur voit en décèle d'ailleurs une manifestation dans le développement des transports publics.

²⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 290 et 291 : l'auteur cite l'« organisation des loisirs », la « protection contre les risques sociaux », la « construction », et la « protection des travailleurs dans leur activité professionnelle ».

²⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 289 : l'auteur cite notamment la réglementation des officines, la vaccination obligatoire et la gestion des établissements de santé.

²⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 292.

²⁷⁵² *Ibid.*, p. 294.

²⁷⁵³ *Ibid.*, p. 294 et 295 : « la reconstruction immobilière » ; « la rénovation urbaine » ; « la réalisation d'équipements nécessaires à l'expansion régionale » ; « la construction d'un port » ; « la construction d'autoroutes » ; « le reboisement et la conservation des forêts » ; « la protection des sites » ; « l'activité des SAFER » ; « l'entretien et l'exploitation du domaine » ; les « plan d'urbanismes » et « les dérogations qui y sont apportées ».

²⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 295.

²⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 296.

²⁷⁵⁶ V. les développements de l'auteur sur le sujet : *ibid.*, p. 296 à 299.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 301. V. aussi V. Coq, *thèse préc.*, n° 668, p. 301, constate que l'intérêt général est de plus en plus utilisé pour protéger les droits des justiciables.

d'autre part²⁷⁵⁸. La flexibilité de la notion d'intérêt général lui permet en effet d'accueillir des intérêts particuliers détachés de toute composante collective ou publique.

684. Résolution de la distinction entre intérêts privés et intérêt général par l'introduction de la notion d'intérêt général formel. La difficulté de la distinction entre intérêts publics et privés peut donc se résoudre au moyen de la distinction entre intérêt général formel et intérêt général substantiel²⁷⁵⁹. En effet, l'intérêt général formel étant en quelque sorte une enveloppe, il est susceptible d'accueillir toutes sortes d'intérêts, y compris des intérêts privés. La prise en compte d'intérêts particuliers par l'intérêt général ne correspond pas à une transformation de la nature de la notion ; simplement de son contenu. Ainsi, la protection du contrat contre les vices du consentement, qui semble à première vue protéger les cocontractants, fut jugée suffisamment importante pour être érigée en enjeu d'intérêt général et rendue obligatoire dans la loi²⁷⁶⁰. De même, la faculté pour le juge d'empêcher un époux de porter atteinte à l'intérêt de la famille en lui interdisant d'effectuer certains actes, sur le fondement de l'article 220-1 du code civil, permet de protéger la famille, cellule privée. Enfin, la protection de celui qui conclurait un cautionnement disproportionné, bien que destinée à la sauvegarde

²⁷⁵⁸ Rappelons toutefois que la position du professeur Didier Truchet sur l'intérêt général est axée sur sa composante substantielle. Il affirme d'ailleurs : « notre thèse repose tout entière sur la conviction que la spécificité de la fonction de l'intérêt général le distingue absolument de tout autre intérêt » (D. Truchet, *thèse préc.*, p. 301). C'est la raison pour laquelle il tient à distinguer très précisément l'intérêt général de l'intérêt privé d'un point de vue substantiel. « La distinction est claire en théorie » (*ibid.*) et repose sur l'opposition entre « les intérêts publics, dont normalement les particuliers n'ont pas à se soucier, et les intérêts privés auxquels la puissance publique reste normalement étrangère » (*ibid.*). Elle semble plus délicate à saisir en pratique. Malgré l'importance de l'« [opposition] effectuée par les juges entre les deux notions » (*ibid.*, p. 301 : « La jurisprudence oppose donc clairement intérêt général et intérêt privé lorsqu'elle les utilise »), l'incertitude demeure quant à la « conception claire » que le « juge administratif » aurait de « l'intérêt privé » (*ibid.*) : « paradoxalement, la distinction que fait [la jurisprudence administrative] entre les concepts d'intérêt général et d'intérêt privé, est loin d'être nette » (*ibid.*). Selon lui, le juge ne « [définit pas] avec précision ce qu'il appelle "intérêts privés" » (*ibid.*). Il estime d'ailleurs que « l'expression elle-même paraît fautive : parler des "intérêts non publics" serait plus exact » (*ibid.*). En outre leur diversité rend délicates la classification et la différenciation avec l'intérêt général (*ibid.*, p. 302 : ainsi, « les nuances sont innombrables entre l'intérêt général et les intérêts dits privés » car s'« il existe des intérêts privés, indiscutablement privés, et aisément identifiables : l'intérêt de quelques particuliers déterminés, d'une société » qui « sont "privés" parce qu'ils coïncident étroitement avec la personnalité des intéressés et ne comportent aucun élément de transcendance », « le Conseil d'État traite de la même manière d'autres intérêts, qui dépassent les personnes intéressées, et comportent donc un élément de transcendance »). Deux exemples sont alors donnés par l'auteur de ces intérêts que l'on peut qualifier de « mixtes » : « les intérêts professionnels [qui] sont ceux d'une large catégorie d'individus qui peuvent difficilement être identifiables » (*ibid.*, p. 302) et « les intérêts collectifs [qui] sont ceux d'un groupement d'individus organisé ou non, plus ou moins larges, distincts des intérêts particuliers des membres qui la composent » (*ibid.*). Ainsi l'auteur décèle trois types de relations entre les intérêts privés et l'intérêt général : premièrement, si « intérêt général et intérêt privé sont en contradiction : l'intérêt général doit prévaloir » (*ibid.*, p. 303 et 304) ; deuxièmement, quand « intérêt général et intérêt privé sont distincts, mais non contradictoires : l'administration peut, voire doit, tenter de les concilier » (*ibid.*) ; troisièmement, « intérêt général et intérêt privés sont confondus : la satisfaction de l'intérêt privé est en elle-même d'intérêt général » (*ibid.*). Cette présentation, très axée sur l'intérêt général dans le contexte du droit administratif, doit en outre être relativisée en raison de la distinction entre l'intérêt général formel et l'intérêt général substantiel ; l'intérêt général étant susceptible d'accueillir des intérêts privés.

²⁷⁵⁹ V. *supra*, n° 31.

²⁷⁶⁰ Art. 1130 à 1144 c. civ.

d'un intérêt particulier, fut intégrée à l'intérêt général par la loi²⁷⁶¹. L'intérêt général peut donc inclure des intérêts, à première vue, privés. La généralisation de la prise en compte d'intérêts particuliers dans la loi et dans les actes administratifs montre cette réalité de manière particulièrement aiguë²⁷⁶².

685. L'intérêt général et les droits fondamentaux comme reflets de la hiérarchie des valeurs. L'intérêt général reflète la hiérarchie des valeurs dans la société²⁷⁶³. Il en va de même pour les droits fondamentaux et leur niveau d'importance. Monsieur Ludovic Benezech expose à ce sujet la théorie du « disque de la fundamentalité », selon laquelle « chaque droit fondamental occup[e] [...] une portion du disque plus ou moins importante selon sa prééminence et sa portée »²⁷⁶⁴. Par conséquent, « lorsqu'un nouveau droit fondamental rejoint le disque de la fundamentalité, ou encore lorsqu'un droit consacré voit son rayonnement s'amplifier, les portions réservées aux droits fondamentaux précédemment reconnus sont susceptibles de s'amenuiser » ; dès lors « plus le nombre de droits fondamentaux s'accroît, plus le disque est segmenté en de multiples fractions »²⁷⁶⁵. Ce constat entraîne probablement une augmentation des conflits de droits fondamentaux²⁷⁶⁶. Ceci laisse entrevoir une vision évolutive et interdépendante de l'importance des différents droits et libertés en fonction des préoccupations sociales d'un lieu et d'une époque donnés. Cette hiérarchie pourrait en outre évoluer²⁷⁶⁷. Les intérêts particuliers pris en compte par le juge ont finalement la même vocation à la contingence que l'intérêt général lui-même.

686. Intérêts incarnés, désincarnés, incarnables. Il semble aujourd'hui que les intérêts purement collectifs, publics, sans composante individuelle, « désincarnés », c'est-à-dire détachés d'un groupe identifié ou d'un individu, soient moins valorisés par le juge que les droits et libertés fondamentaux²⁷⁶⁸. Le professeur Hugues Fulchiron s'interroge : « *Dura lex, sed lex* dit l'adage bien connu. Mais l'inflexibilité de la règle est-elle socialement supportable

²⁷⁶¹ Anc. art. L. 332-1 c. conso. ; art. 2300 c. civ. nouv.

²⁷⁶² J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *art. préc.* ; v. *supra*, n° 33.

²⁷⁶³ V. T. Marzal, « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *art. préc.* ; E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 191.

²⁷⁶⁴ L. Benezech, *thèse préc.* n° 854, p. 446.

²⁷⁶⁵ *Ibid.*, n° 855, p. 446.

²⁷⁶⁶ *Ibid.*, n° 856, p. 446 et 447.

²⁷⁶⁷ Par ex., sur l'enjeu lié à la protection de l'environnement devant le Conseil constitutionnel, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 252.

²⁷⁶⁸ *Contra* J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*, spéc. p. 23 : « l'hypothèse soumise à la réflexion commune des participants au colloque renvoie à l'idée d'un renforcement généralisé de la dimension objective du contentieux des droits et libertés fondamentaux : les intérêts subjectifs des individus, la réparation de leur préjudice, auraient de plus en plus tendance à céder devant les impératifs objectifs d'unité, de sécurité, de prévisibilité du droit ainsi que devant les nécessités bonne administration de la justice ».

aujourd'hui ? »²⁷⁶⁹. Il semble en effet que les enjeux d'intérêt général rencontrant le plus grand succès contentieux sont ceux qui intègrent une composante individuelle, qui sont susceptibles de se rattacher à la fois à une composante collective et à un intérêt particulier. On peut parler dans ce cas d'intérêt « incarnable »²⁷⁷⁰. Si les intérêts purement collectifs, tels que la morale ou l'enjeu financier, apparaissent fortement désincarnés, d'autres enjeux, tels que la santé ou la sécurité, semblent au contraire fortement protégés en jurisprudence.

687. Le tableau dépeint dans les lignes qui suivent ne doit pas donner de fausse impression au lecteur : il arrive que l'intérêt général prévale dans les litiges relatifs aux droits fondamentaux. Dans une décision du 17 avril 2019²⁷⁷¹, à l'occasion de laquelle l'Agence de biomédecine demandait l'infirmité d'un jugement ayant annulé sa décision de refus d'effectuer une assistance médicale à la procréation en raison de l'âge de l'homme du couple, le Conseil d'État fit ainsi prévaloir l'intérêt général pour débouter les requérants²⁷⁷². L'intérêt général n'est donc pas totalement ignoré dans les litiges et n'est pas dépourvu d'une certaine puissance rhétorique mais il semble malgré tout pâtir de la prise en compte accrue des intérêts particuliers.

688. Cette prise en compte accrue des intérêts particuliers au moyen des droits fondamentaux se manifeste de deux façons. Tout d'abord, il semble que les enjeux rattachables à une composante collective ou publique connaissent un faible succès en jurisprudence face aux intérêts particuliers (§1). Ensuite, certaines interférences entre l'intérêt général et les intérêts particuliers – soit que l'intérêt général prenne en compte des enjeux fortement rattachables à des enjeux individuels, soit que l'intérêt particulier utilise une certaine puissance rhétorique de

²⁷⁶⁹ H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle... », *art. préc.*, spéc. p. 1377.

²⁷⁷⁰ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 138, p. 82, emploie l'adjectif « individualisable » pour désigner les conflits de droits derrière les conflits verticaux, bien que nous contestions la rigidité de la distinction (v. *supra*, n° 243).

²⁷⁷¹ C. Roulhac, « Le contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*, voit dans cet arrêt une modification des rapports entre le principe et l'exception, qui se manifeste par une inversion. Ici encore, on se limitera aux exemples en droit privé mais M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 160 et 161 : évoque un phénomène similaire et voit dans la solution de l'arrêt *K.A. et A.D.* une inversion entre le principe et l'exception ; de la liberté sexuelle pouvant être une exception à l'infraction de coups et blessures, on en vient au raisonnement inverse : « c'est bien à l'inversion du principe et de l'exception que procède la Cour européenne qui fait ainsi passer la liberté sexuelle avant la protection de l'intégrité de la personne, et plus largement avant le droit pénal ».

²⁷⁷² CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 17 avr. 2019, n° 420468, nous soulignons : « il ressort des pièces du dossier que, compte tenu de son âge au moment du prélèvement de ses gamètes par rapport à la limite d'âge fixée en principe à 59 ans sur la base du large consensus existant dans la communauté scientifique et médicale, eu égard aux risques [...] d'anomalies à la naissance et de maladies génétiques, le refus d'exportation de gamètes [...], sur le fondement des dispositions législatives précitées de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, 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 ». V. A.-M. Leroyer, « Accès à l'AMP : âge limite pour les hommes », *RTD civ.* 2019.557.

l'intérêt général pour acquérir de la puissance dans le débat, révèle la force de l'intérêt particulier sur l'intérêt général (§2).

§1. LA FAIBLE VALORISATION DES ENJEUX D'INTÉRÊT PUBLIC

689. Il semble que les enjeux d'intérêt général insusceptibles d'être rattachés à un intérêt particulier trouvent aujourd'hui peu de place dans la jurisprudence face aux droits et libertés fondamentaux : cette situation concerne des enjeux d'intérêt public ou administratif, tout comme des enjeux aujourd'hui considérés comme illégitimes tels que la morale (A). On peut en outre observer un certain désintérêt pour l'intérêt général à travers une sorte de « déplacement » de la question : refusant de trancher le débat sur l'enjeu d'intérêt général de fond, le juge déplace la difficulté sur le terrain de la forme, comme par exemple en matière de gestation pour autrui réalisée à l'étranger (B). Enfin, il semble que dans certains cas, une préférence est donnée dans la mise en balance des intérêts, pour la référence à un intérêt particulier, là où l'intérêt général était légitime et invocable (C).

A. La faible importance de certains enjeux

690. La faible importance des enjeux d'intérêt général substantiels s'observe tout d'abord à travers une forme d'indifférence à ce que l'on pourrait classer dans les « purs » intérêts publics : l'intérêt financier en constitue une illustration (1). Il est également possible de souligner le recul de l'enjeu moral collectif, qui transparaît en jurisprudence (2).

1. Le refus des enjeux d'intérêt public : l'exemple de l'intérêt financier

691. Le faible succès des enjeux rattachables à l'intérêt général est tout d'abord visible en ce qui concerne les intérêts publics. Une illustration peut être apportée à travers la faible importance jurisprudentielle de l'enjeu d'intérêt général financier face aux droits fondamentaux. La Cour européenne des droits de l'homme le refuse en principe pour justifier les lois à effet rétroactif, et le Conseil constitutionnel lui emboîte le pas.

692. Le refus de principe du motif financier devant la Cour européenne des droits de l'homme. L'intérêt financier ne fut pas accepté comme justification de la validation rétroactive des contrats de prêt dépourvus de tableaux d'amortissement dans l'arrêt *Lecarpentier contre France* : la Cour européenne des droits de l'homme estima en effet que le « motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative »²⁷⁷³. Il s'agissait pourtant d'une application de l'article 1^{er}§1 du premier Protocole additionnel à la

²⁷⁷³ CEDH, 14 févr. 2006, *Lecarpentier c. France*, préc., §47, nous soulignons.

Convention, qui interdit les privations de propriété qui ne sont pas justifiées par une « cause d'utilité publique », dont le contenu n'est pas déterminé par l'article, et qui laisse en principe une certaine marge d'appréciation à l'État²⁷⁷⁴. Elle statua de même dans les arrêts *Cabourdin contre France*²⁷⁷⁵, *Arnolin contre France*²⁷⁷⁶, *Zielinski, Pradal et Gonzalez contre France*²⁷⁷⁷ ou encore *Aubert contre France*²⁷⁷⁸. La Cour européenne considère que le motif financier, invoqué seul, n'est pas de nature à justifier l'intervention d'une loi rétroactive²⁷⁷⁹.

693. Le motif financier devant le Conseil constitutionnel : les cas de refus. Le motif financier connaît un faible succès devant le Conseil constitutionnel²⁷⁸⁰. Sa seule présence ne saurait justifier l'adoption de dispositions à effet rétroactif. Cette position fut prise dès 1995 : « *la seule considération d'un intérêt financier lié à l'absence de remise en cause des titres de perception concernés ne constituait pas un motif d'intérêt général autorisant le législateur à faire obstacle aux effets d'une décision de justice déjà intervenue et le cas échéant d'autres à intervenir* »²⁷⁸¹. Elle fut réitérée par la suite : « *la volonté du législateur d'assurer en 2013 des recettes supplémentaires liées à la réforme des modalités d'imposition des revenus de capitaux mobiliers ne constitue pas un motif d'intérêt général suffisant pour mettre en cause rétroactivement une imposition à laquelle le législateur avait attribué un caractère libératoire et qui était déjà acquittée* »²⁷⁸². De même, le simple fait d'invoquer « *l'équilibre financier de la sécurité sociale* », pourtant considéré comme une exigence constitutionnelle²⁷⁸³, sans démontrer l'efficacité du mécanisme, n'est pas suffisant²⁷⁸⁴, ni le « *souci de prévenir les conséquences financières d'une décision de justice censurant le mode de calcul de l'assiette de la contribution en cause* »²⁷⁸⁵, ni même la « *volonté d'augmenter les recettes fiscales* »²⁷⁸⁶.

694. Le motif financier combiné à d'autres finalités. Il semble toutefois que le motif financier soit admis lorsqu'il se trouve associé à une autre justification. Il fut ainsi

²⁷⁷⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 432.

²⁷⁷⁵ CEDH, 11 avr. 2006, *Cabourdin c. France*, n° 60796/00, §36 et 37.

²⁷⁷⁶ CEDH, 9 janv. 2007, *Arnolin et al. c. France*, *préc.*, §62.

²⁷⁷⁷ CEDH, 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal, Gonzalez et al. c. France*, *préc.*, §59.

²⁷⁷⁸ CEDH, 9 janv. 2007, *Aubert et al. c. France*, n° 1501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 45576/04 et 20389/05, §83.

²⁷⁷⁹ J. Roux, « Du "but d'intérêt général suffisant"... », *art. préc.*

²⁷⁸⁰ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-3, p. 197.

²⁷⁸¹ Cons. const., 28 déc. 1995, n° 95-369 DC, cons. 35, nous soulignons. V. G. Merland, *thèse préc.*, p. 286 et V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-3, p. 197.

²⁷⁸² Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, cons. 44, nous soulignons.

²⁷⁸³ Cons. const., 18 déc. 2001, n° 2001-453 DC, cons. 28.

²⁷⁸⁴ Cons. const., 11 déc. 2003, n° 2003-486 DC, cons. 24.

²⁷⁸⁵ Cons. const., 18 déc. 1998, n° 98-404 DC, cons. 7, nous soulignons.

²⁷⁸⁶ Cons. const., 5 déc. 2014, n° 2014-435 QPC, cons. 10.

considéré comme impérieux, lorsque combiné à une finalité liée à la bonne qualité de la loi²⁷⁸⁷. Dans une décision du 14 février 2014, le Conseil avança comme justification d'une loi de validation le souci, d'une part, de « donner un fondement » juridique à des délibérations syndicales afin d'« éviter une multiplication des réclamations fondées sur la malfaçon législative [...] », et d'autre part de « prévenir *les conséquences financières* qui auraient résulté de tels remboursements pour certains des syndicats mixtes en cause » ; la loi se trouve ainsi fondée par un impérieux motif d'intérêt général²⁷⁸⁸. La combinaison est-elle justifiée par le souci de renforcer la place du motif financier, refusé en tant que tel par la Cour européenne²⁷⁸⁹ ? On peut le penser car le recours à l'association d'objectifs fut réitéré²⁷⁹⁰. La Cour européenne admet en outre la lutte contre les effets d'aubaine, qui la conduit à tolérer une justification par un motif financier dans ces cas²⁷⁹¹. Ceci explique la décision du 28 décembre 2020, portant sur la loi de finances pour 2020, qui, par certaines dispositions remettant en cause des contrats légalement conclus, avait souhaité « remédier à la situation de déséquilibre contractuel entre les producteurs et les distributeurs d'électricité et ainsi mettre un terme aux *effets d'aubaine* dont bénéficiaient certains producteurs, au *détriment du bon usage des deniers publics et des intérêts financiers de l'État*, qui supporte les surcoûts incombant aux distributeurs »²⁷⁹², motif d'intérêt général de nature à justifier une telle atteinte. Il semble enfin que l'enjeu financier puisse être pris en compte de manière quantitative, dans des cas exceptionnels²⁷⁹³ : le Conseil a ainsi pu estimer que « *l'ampleur* des conséquences financières qui résultent du risque de la généralisation des solutions retenues par les jugements précités » constituait un motif impérieux d'intérêt général²⁷⁹⁴.

²⁷⁸⁷ Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, cons. 6, *préc.* Sur l'articulation du motif financier avec d'autres motifs et le lien avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, v. P. Deumier, « Les lois de validation... », *art. préc.*, p. 604 et s. et J. Roux, « Du “but d'intérêt général suffisant”... », *art. préc.*

²⁷⁸⁸ Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, cons. 6.

²⁷⁸⁹ P. Deumier, « Les lois de validation... », *art. préc.*, p. 604 et s., n° 3 : l'auteur souligne la divergence : « Et pour cause : la Cour EDH est aussi réticence à admettre qu'un impérieux motif d'intérêt général tienne à des raisons financières qu'elle est prompte à reconnaître l'utilité des lois de validation venant corriger les malfaçons législatives et empêcher que les requérants profitent d'un effet d'aubaine ». V. aussi J. Roux, « Du “but d'intérêt général suffisant”... », *art. préc.* et H. Surrel, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouv. Cahiers Cons. const.*, 1^{er} janv. 2018, n° 58, p. 133 et s.

²⁷⁹⁰ H. Surrel, « Chronique Conseil constitutionnel... », *art. préc.* V. par ex. : Cons. const., 21 juill. 2017, n° 2017-644 QPC, cons. 6 : le souci de « prévenir les importantes conséquences financières qui [...] auraient résulté pour l'État » pouvait constituer un motif impérieux d'intérêt général, le législateur ayant voulu « mettre un terme à l'important contentieux fondé sur la malfaçon législative révélée par la décision précitée du Conseil d'État ».

²⁷⁹¹ H. Surrel, « Chronique Conseil constitutionnel... », *art. préc.*

²⁷⁹² Cons. const., 28 déc. 2020, n° 2020-813 DC, cons. 40.

²⁷⁹³ D. Legeais, « Loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public », *RTD com.* 2014.664.

²⁷⁹⁴ Cons. const., 24 juill. 2014, n° 2014-695 DC, cons. 15, nous soulignons. V. J. Roux, « Du “but d'intérêt général suffisant”... », *art. préc.*

695. Le motif financier admis pour les particuliers : la faveur au motif financier incarnable. L'enjeu financier, insusceptible en soi de constituer un motif impérieux d'intérêt général lorsqu'il concerne les administrations publiques, peut être invoqué lorsqu'il intéresse les particuliers, et notamment les consommateurs. Le Conseil considéra ainsi en 2019 que les « *conséquences financières* susceptibles de résulter des litiges visés par la validation et [...] leur répercussion sur le coût de l'électricité acquitté par l'ensemble des consommateurs », constituent des motifs impérieux d'intérêt général²⁷⁹⁵, puis en 2022 que « le législateur a[vait] entendu éviter de *graves* perturbations du marché de l'électricité et prévenir les conséquences financières *importantes* qu'une éventuelle annulation du décret du 11 mars 2022 auraient *pour un grand nombre de consommateurs* »²⁷⁹⁶. Le motif financier est donc considéré comme insuffisant lorsqu'il est un intérêt public ; lorsqu'il concerne des particuliers et qu'il est par conséquent *incarnable*, c'est-à-dire rattachable à une situation particulière et non pas à un enjeu d'intérêt général lointain, collectif et désincarné, il prend une certaine ampleur.

696. Une tendance plus large au mépris de l'intérêt patrimonial ? Le constat de la faible importance de l'intérêt financier peut faire écho à une impression diffuse de refus de l'intérêt purement patrimonial, parfois constaté en droit privé en matière de droits fondamentaux. Ainsi, dans le cadre de l'arrêt de la première chambre civile du 4 décembre 2013²⁷⁹⁷, nombreux furent les auteurs qui firent remarquer que la demande en nullité du mariage avait été formée par le fils du défunt – et ex-époux du conjoint survivant – pour des raisons successorales²⁷⁹⁸, comme si de tels motifs ne sauraient justifier une atteinte à l'article 8 de la Convention. La solution aurait-elle été autre si le fils et ex-époux avait lui-même invoqué son droit à la vie privée et familiale²⁷⁹⁹ ? De même, dans un arrêt du 6 juillet 2016, le rejet du pourvoi fut notamment fondé sur le fait que les demandeurs « ne poursuivai[en]t qu'un intérêt patrimonial »²⁸⁰⁰. Le professeur François Chénéde s'interroge alors : « Est-ce à dire que son application sera jugée disproportionnée lorsque le demandeur poursuivra un intérêt – exclusivement ? essentiellement ? partiellement ? – extrapatrimonial ? »²⁸⁰¹. Plus largement,

²⁷⁹⁵ Cons. const., 19 avr. 2019, n° 2019-776 QPC, cons. 11.

²⁷⁹⁶ Cons. const., 12 août 2022, n° 2022-843 DC, cons. 47.

²⁷⁹⁷ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

²⁷⁹⁸ J.-P. Marguénaud, « Le sauvetage magistral... », *art. préc.* ; F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 2 et F. Chénéde, « De l'équité aux droits de l'homme », *AJ Fam* 2013.663. V. aussi V. Fourment, *thèse préc.*, n° 267, p. 275.

²⁷⁹⁹ Également suggéré par F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 8 ainsi que par J.-P. Marguénaud, « Le sauvetage magistral... », *art. préc.*

²⁸⁰⁰ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19.853, cité dans ce contexte par F. Chénéde, « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017.953, n° 7. V. aussi V. Egéa, « Un semestre... », *art. préc.*, n° 23.

²⁸⁰¹ F. Chénéde, « Nullité du mariage entre alliés », *art. préc.*, n° 7. V. aussi V. Egéa, « Un semestre de droit... », *art. préc.*, n° 23.

faut-il se laisser glisser sur la pente de l'appréciation subjective de l'intérêt à agir ? La balance des intérêts pourrait y conduire. Il semble en tout cas que l'intérêt patrimonial soit impuissant à l'emporter en tant qu'intérêt individuel face à des intérêts extrapatrimoniaux.

2. Le recul de l'enjeu moral en tant que justification des restrictions de liberté

697. La perte de vitesse générale de la morale en droit ? Il semble qu'aujourd'hui la morale ne puisse plus constituer un enjeu d'intérêt général face aux intérêts particuliers, en particulier en matière familiale et personnelle. Tout se passe comme si elle n'était plus perçue comme un enjeu collectif et ne relevait que de l'appréciation individuelle. Ce désaveu s'inscrit dans une perte de vitesse généralisée de l'enjeu de morale collective en droit : en témoigne par exemple la disparition progressive de la notion de « bonnes mœurs » en droit civil²⁸⁰². Dans sa thèse de doctorat, Madame Estelle Fragu constate le rejet de la règle morale générale²⁸⁰³ au profit de l'« éthique personnelle »²⁸⁰⁴. L'ancienne « emprise » de la morale²⁸⁰⁵ se transformerait en « tabou »²⁸⁰⁶ en raison de la « relativisation des valeurs » collectives²⁸⁰⁷. Finalement, la morale « sociale »²⁸⁰⁸ s'« individualise »²⁸⁰⁹. Loin de disparaître, la morale semble en fait changer de nature, notamment avec la montée des droits fondamentaux²⁸¹⁰. La dignité semble aujourd'hui invoquée dans les cas dans lesquels la morale était auparavant l'argument retenu²⁸¹¹ : la décision du Conseil constitutionnel relative à la libéralisation de la recherche sur

²⁸⁰² E. Fragu, *thèse préc.*, n° 190 et s., p. 123 et s.

²⁸⁰³ *Ibid.* V. aussi D. Fenouillet, « La loi, le juge et les mœurs... », *art. préc.*, spéc. p. 1286 : « Une chose est de constater l'évolution des mœurs, et plus généralement la relativité des normes de mœurs dans le temps et l'espace, autre chose est de rejeter toute norme en la matière. Passer de l'un à l'autre n'a guère de sens, sauf à confondre droit positif et droit naturel et à prétendre que la norme juridique ne se conçoit que si elle vise une vérité universelle et intemporelle ».

²⁸⁰⁴ E. Fragu, *thèse préc.*, n° 190 et s., p. 123 et s. ; v. aussi M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 215 : « Chacun revendique aujourd'hui d'être seul juge de ce qui est pour lui désirable, mais le droit et la société ont pour objet même de définir un bien commun et des règles communes ».

²⁸⁰⁵ E. Fragu, *thèse préc.*, n° 260 et s., p. 157 et s.

²⁸⁰⁶ *Ibid.*, n° 290, p. 171.

²⁸⁰⁷ *Ibid.*, n° 284 et s., p. 168 et s.

²⁸⁰⁸ D. Fenouillet, « La loi, le juge et les mœurs... », *art. préc.*, spéc. p. 1288.

²⁸⁰⁹ La plupart des auteurs constatent ce phénomène pour le dénoncer et en identifier les dangers : D. Fenouillet, « La loi, le juge et les mœurs... », *art. préc.*, spéc. p. 1288 (sur le risque de contractualisation et de la disparition de certains tabous tels que l'inceste) ; v. aussi G Pignarre, « Que reste-t-il des bonnes mœurs... », *art. préc.*, n° 12 qui écrit : « Le for interne s'érige en for externe ». V. aussi E. Fragu, *thèse préc.*, n° 398 et s., p. 229 et s. ; D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes... », *art. préc.*, n° 11, p. 493. Sur la nouvelle morale étatique, v. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 213, qui parle de la « neutralité axiologique de l'État » comme d'un « oxymore » car « pluralité n'est [...] pas synonyme de neutralité. Par définition même, toute règle de droit emporte une légitimation et suppose donc un jugement de valeur : certaines actions sont autorisées et d'autres interdites, certains comportements sont favorisés et d'autres découragés, etc. Même dans les matières qui touchent les choix les plus intimes, par exemple le mariage, l'État n'a pas à être neutre et, plus encore, il ne le peut pas » (p. 214).

²⁸¹⁰ Qui a pu être a pu être regardée comme une continuité des bonnes mœurs : L. Maurin, *thèse préc.*, n° 258, p. 216. Sur ce point, v. aussi E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 177 et s., p. 125 et s.

²⁸¹¹ E. Fragu, *thèse préc.*, n° 610 et s., p. 315 et s.

l'embryon pourrait en constituer une illustration²⁸¹². Ainsi, la morale n'est pas rejetée, elle est remplacée : inacceptable comme abstraite et collective, elle devient concrète et individuelle.

698. L'enjeu moral invoqué comme limite aux choix personnels semble aujourd'hui plus difficile à défendre : en témoignent les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme (a) et du Conseil constitutionnel (b).

a. La position ambivalente de la Cour européenne des droits de l'homme

699. La Cour européenne des droits de l'homme semble montrer une dualité entre la théorie de son approche de l'enjeu moral et la pratique de son contrôle : si elle affirme laisser aux États une grande marge d'appréciation en matière éthique et morale, elle déjoue cette latitude par le recours à des notions telles que le « droit de mener sa vie comme on l'entend » ou encore l'« aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu ». La Cour donne ainsi l'impression de faire prévaloir la morale individuelle sur la morale collective dans son approche de ce critère.

700. La marge théorique des États devant la Cour européenne en matière morale. La Cour européenne prétend reconnaître aux États une marge d'appréciation importante en matière de morale et d'éthique : elle rappelle régulièrement que « lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large »²⁸¹³. Elle affirme ainsi que la morale doit être laissée à l'appréciation des États, en raison de leur place privilégiée pour l'apprécier²⁸¹⁴. En matière de liberté d'expression, par exemple, elle considère que « le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés par l'article 10§2 »²⁸¹⁵. La Cour affirme en outre n'exiger aucune « uniformité » dans les solutions entre les États et prôner un certain « pluralisme »²⁸¹⁶. Elle reconnaît que la place privilégiée des autorités étatiques pour évaluer ces questions force la Cour à rester en retrait²⁸¹⁷. Ainsi, même face à la liberté d'expression, l'un des droits les mieux

²⁸¹² Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-674 DC.

²⁸¹³ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, préc., §77.

²⁸¹⁴ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §48.

²⁸¹⁵ CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, préc., §59.

²⁸¹⁶ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 141, p. 215 et 216.

²⁸¹⁷ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., §48 : « on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale". L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. 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

protégés de la Convention, la Cour réaffirme la singularité de l'enjeu et la marge d'appréciation laissée aux États dans ce domaine.

701. Premier tempérament à la large marge d'appréciation en matière morale : l'importance du « droit de mener sa vie comme on l'entend ». Soit que la jurisprudence ait évolué, soit que la pratique diverge de la théorie, la Cour européenne des droits de l'homme semble hostile aux règles étatiques de nature à limiter la liberté individuelle pour des raisons morales. Le premier tempérament à la large marge d'appréciation en matière morale est un droit concurrent, que la Cour formule comme le « droit de mener sa vie comme on l'entend », fondé sur le droit au « développement personnel »²⁸¹⁸, d'une part, qui rassemble le « droit à l'identité »²⁸¹⁹, qu'elle soit « personnelle »²⁸²⁰ ou « sexuelle »²⁸²¹ ou qu'elle concerne le « droit à la connaissance de ses origines »²⁸²², et le droit à « l'autonomie personnelle »²⁸²³, d'autre part, dont l'ampleur augmente et témoigne d'une grande souplesse de la Cour pour ce qui touche, selon elle, aux choix personnels²⁸²⁴. Ainsi, elle estime par exemple, dans le contexte d'une demande d'autorisation de suicide assisté, dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni* que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »²⁸²⁵. Plus encore, elle considère que « la mesure dans laquelle un État peut recourir à la contrainte ou au droit pénal pour prémunir des personnes

prononcer sur le contenu précis de ces exigences. [...] Dès lors, l'article 10§2 réserve aux États contractants une marge d'appréciation ».

²⁸¹⁸ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 484, p. 751 : la Cour reconnaît « le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur ».

²⁸¹⁹ *Ibid.*, n° 485 et s., p. 751 et s.

²⁸²⁰ *Ibid.*, n° 486, p. 752.

²⁸²¹ *Ibid.*, n° 487, p. 754 et s.

²⁸²² *Ibid.*, n° 488 et s., p. 756 et s., qui rejoint d'ailleurs le droit à l'identité personnelle en raison du lien avec la filiation.

²⁸²³ *Ibid.*, n° 490 et s., p. 758 et s.

²⁸²⁴ Sur l'importance du consentement pour une vision critique, v. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 54 et 52 : évoque « la liberté entendue comme un droit général à l'autodétermination, c'est-à-dire comme la faculté de faire des choix et de mener sa vie comme on l'entend », l'auteur estime que cette présentation « recèle ainsi de nombreux pièges [...] ». En particulier, cette définition de la liberté a logiquement mis au centre le critère de consentement » ; p. 108 : sur le consentement comme « un retournement de la liberté » ; également p. 54 : « Le consentement devient aujourd'hui le seul critère de légitimité des actes. Ce serait accorder bien trop de pouvoir et d'influence à la Cour européenne des droits de l'homme que de la rendre seule responsable de cette évolution. Elle est elle-même prise dans un mouvement philosophie et idéologique, ayant progressivement fait de l'autonomie personnelle la valeur suprême des sociétés modernes et le point central de toute théorie de la justice » ; p. 178 : « Plus généralement, le droit à l'autonomie personnelle déduit du droit au respect de la vie privée ne devrait pas pouvoir être invoqué pour valider la renonciation par une personne à ses droits et libertés fondamentaux, et donc en réalité pour la priver, avec son consentement, de ces droits et libertés. Le droit ne peut, sans se contredire, et donc sans se dissoudre, garantir en même temps les droits et libertés fondamentales de la personne et la possibilité pour cette même personne de les perdre ».

²⁸²⁵ CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, §62.

contre les conséquences du style de vie choisi par elles est depuis longtemps débattue, tant en morale qu'en jurisprudence, [...] l'ingérence [étant] souvent perçue comme une intrusion dans la sphère privée et personnelle [ce qui] ne fait qu'ajouter à la vigueur du débat »²⁸²⁶. Par conséquent, l'enjeu d'intérêt général moral collectif peut lui-même être considéré comme immoral à titre individuel, et ce y compris lorsque la santé de la personne est en jeu : « même lorsque le comportement en cause représente un risque pour la santé ou lorsque l'on peut raisonnablement estimer qu'il revêt une nature potentiellement mortelle, la jurisprudence des organes de la Convention considère l'imposition par l'État de mesures contraignantes ou à caractère pénal comme attentatoire à la vie privée, au sens de l'article 8§1, et comme nécessitant une justification conforme au second paragraphe dudit article »²⁸²⁷. Cette solution ressemble à celle adoptée dans le cadre des pratiques sexuelles sadomasochistes²⁸²⁸. Le choix personnel permet donc aux yeux de la Cour de légitimer une pratique pourtant pénalement répréhensible sur le territoire d'un État membre. La Cour européenne des droits de l'homme se fonde ainsi sur l'importance qu'elle donne à l'autonomie personnelle pour limiter fortement l'influence de l'enjeu d'intérêt général moral dans les choix individuels²⁸²⁹.

702. Deuxième tempérament à la marge d'appréciation laissée en matière morale : l'existence de « l'élément important de l'identité de l'individu » devant la Cour européenne. Le second tempérament à la marge d'appréciation en matière morale réside dans le domaine considéré. La Cour estime en effet que la marge d'appréciation doit se réduire lorsqu'est en jeu un « élément important de l'identité de l'individu » : ce critère se révèle déterminant de l'étendue de la latitude laissée aux États. Il fut par exemple mis en œuvre lorsque la Cour européenne considéra que l'intérêt général ne saurait justifier ni un refus de changement

²⁸²⁶ CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., §62.

²⁸²⁷ *Ibid.*, §62. Cette position est également adoptée dans le cadre des pratiques sexuelles sadomasochistes, bien que la Cour n'ait pas condamné la Belgique pour la répression pénale dans ce cas. L'exemple ne sera pas développé car il relève du droit pénal : CEDH, 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99 ; M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 159 ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », art. préc.

²⁸²⁸ V. de même : CEDH, 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99 ; M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 159 ; M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », art. préc.

²⁸²⁹ Cet élément n'a pas du tout la même place devant le Conseil constitutionnel. Ce dernier consacre le principe de valeur constitutionnelle du « droit de mener une vie familiale normale » issu du Préambule de la Constitution de 1946 (V. Goessel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., n° 108, p. 129). En revanche la vie privée, devant le Conseil constitutionnel, est davantage entendue dans son sens classique de droit au secret de la vie personnelle que dans sa composante d'autonomie personnelle développée par la Cour européenne. L'expression « autonomie personnelle » est quasiment absente des décisions du Conseil constitutionnel (quelques exceptions toutefois, v. par ex. Cons. const., 1^{er} févr. 2019, n° 2018-761 QPC, cons. 8 et s.).

de sexe à l'état civil²⁸³⁰, ni le refus de la transcription des actes de naissance des enfants nés de gestations pour autrui à l'étranger, malgré l'absence de consensus sur cette question délicate d'un point de vue éthique²⁸³¹, la filiation étant considérée comme l'un des éléments importants de l'identité de l'individu²⁸³². Le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck constatait déjà dans sa thèse de doctorat que certains aspects de la vie privée de l'article 8, tels que l'intégrité physique, la vie sexuelle ou encore le secret professionnel des médecins ou des avocats, étaient particulièrement rétifs aux atteintes sur le fondement de l'intérêt général²⁸³³. Dans l'arrêt *Mennesson*, la Cour déclare ainsi, dans une formulation classique, qu'en matière de gestation pour autrui, l'« absence de consensus reflète le fait que le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique. Elle confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder 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 »²⁸³⁴. Elle tempère immédiatement l'affirmation en ajoutant : « 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'État défendeur en l'espèce »²⁸³⁵. Ainsi, même en ce qui concerne les questions morales pour lesquelles la marge d'appréciation est en principe importante, la référence à « l'élément important de l'identité de l'individu » semble l'emporter²⁸³⁶. La Cour européenne des droits de l'homme restreint ainsi la marge d'appréciation en matière morale au moyen de droits concurrents ou en considération de certains domaines d'application.

²⁸³⁰ CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87, §63 : la requérante « se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, donc infraction à l'article 8 ».

²⁸³¹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France, préc.*, §79 et 80 et CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France, préc.*, §47 et 56.

²⁸³² CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France, préc.*, §46 et CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France, préc.*, §38. V. aussi CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, §59, qui évoque le « droit à l'identité ».

²⁸³³ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 328, p. 245.

²⁸³⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France, préc.*, §79 et 80.

²⁸³⁵ *Ibid.*

²⁸³⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France, préc.*, §56 : « Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte », ce qui est le cas de la filiation (CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France, préc.*, §79 à 81). V. aussi, *ibid.*, §77, pour des considérations similaires.

703. La morale et l'éthique : des buts « légitimes » pesant faiblement dans la balance des intérêts. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'argument moral est facilement qualifié de « but légitime », mais il ne semble pas peser dans la balance des intérêts. Plusieurs illustrations peuvent en être données. Dans l'arrêt *Maurice contre France*, l'ingérence dans l'exercice du droit au respect des biens²⁸³⁷ est justifiée par une triple « cause d'utilité publique ». Le Gouvernement expose en défense que « l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002 procède de motifs d'intérêt général relevant de trois domaines : *l'éthique*, et notamment la nécessité de se prononcer sur un choix fondamental de société, l'équité et la bonne organisation du système de santé [...] ». La Cour souligne « qu'elle n'a pas de raisons de douter que la volonté du législateur français de mettre un terme à une jurisprudence qu'il désapprouvait et de modifier l'état du droit en matière de responsabilité médicale, même en rendant les nouvelles règles applicables aux situations en cours, servait une “cause d'utilité publique” » mais qu'« *une autre question est celle de savoir si ce but d'intérêt public pesait d'un poids suffisant dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence* »²⁸³⁸. Et de décider finalement que ce but était impuissant à justifier l'ingérence : « la Cour estime que les considérations liées à l'éthique, à l'équité et à la bonne organisation du système de santé mentionnées par le Conseil d'État dans son avis contentieux du 6 décembre 2002 et invoquées par le Gouvernement ne pouvaient pas, en l'espèce, légitimer une rétroactivité dont l'effet a été de priver les requérants, sans indemnisation adéquate, d'une partie substantielle de leurs créances en réparation, leur faisant ainsi supporter une charge spéciale et exorbitante »²⁸³⁹. Pour ce qui est des différences successorales entre les enfants dits « légitimes » et ceux dits « adultérins », correspondant à l'état du droit français avant la réforme de 2001²⁸⁴⁰, la considération morale invoquée par l'État, sans pour autant prévaloir dans le cas des arrêts *Marckx*²⁸⁴¹ et *Mazurek*²⁸⁴² dans lesquels l'intérêt du requérant l'emporta, ne fut pas considérée comme théoriquement irrecevable pour justifier une ingérence. Ainsi, dans l'arrêt *Marckx*, où l'enjeu moral est explicitement cité par le gouvernement, la Cour l'admet sous réserve de l'absence de discrimination : « Le Gouvernement ne conteste pas que la législation actuelle favorise la famille traditionnelle, mais d'après lui elle a pour but d'en assurer le plein

²⁸³⁷ Il s'agissait d'une atteinte à l'article 1^{er}§1 du premier Protocole additionnel relatif à l'interdiction de la privation de propriété sans cause d'utilité publique et indemnisation.

²⁸³⁸ CEDH, 6 oct. 2005, *Maurice c. France*, n° 1513/03, §85.

²⁸³⁹ *Ibid.*, §93.

²⁸⁴⁰ Loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

²⁸⁴¹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

²⁸⁴² CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97.

épanouissement et se fonde en cela sur des motifs objectifs et raisonnables touchant à la *morale* et à l'*ordre public*. La Cour reconnaît qu'il est *en soi légitime*, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle. Encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille "naturelle" ; les membres de la seconde jouissent des garanties de l'article 8 à l'égal de ceux de la première »²⁸⁴³. Dans l'arrêt *Mazurek*, où la morale est présente de manière implicite dans les arguments du Gouvernement à travers « le but de protéger la famille légitime qui repose sur le mariage d'où découlent des droits et obligations, tel le devoir de fidélité »²⁸⁴⁴, l'objectif est accueilli favorablement, bien que de manière peu catégorique : « la Cour estime qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime »²⁸⁴⁵. Les juges concluent pourtant à l'absence de proportionnalité de l'ingérence²⁸⁴⁶. Dans les deux cas, la Cour reconnaît l'argument, mais sans lui donner un grand poids dans le raisonnement : elle ne confronte pas les intérêts entre eux et se contente de qualifier le but légitime, tout en ne le faisant pas prévaloir. L'enjeu apparaît important dans l'absolu, mais dérisoire relativement à l'intérêt particulier.

b. Le Conseil constitutionnel et l'argument moral

704. Rareté de l'enjeu moral devant le Conseil constitutionnel. Bien que moins présent que devant la Convention européenne des droits de l'homme, l'argument moral ne semble pas étranger au Conseil constitutionnel²⁸⁴⁷. On en trouve la trace dans une décision concernant la restriction de la délivrance de la carte de résident en cas de polygamie qui est, selon le Conseil constitutionnel, justifiée par un « objectif d'intérêt public » de nature à limiter la liberté individuelle et le principe d'égalité²⁸⁴⁸. De même, les limites à la possibilité de conclure le pacs sont fondées sur « l'intérêt général tenant à la prohibition de l'inceste », qui justifie une atteinte à l'égalité²⁸⁴⁹. Toutefois, l'invocation est rare et sa mise en œuvre par le Conseil constitutionnel, prudente. Deux raisons peuvent expliquer cette position : tout d'abord, le Conseil, jugeant *in abstracto*, n'a que peu l'occasion d'explorer l'articulation entre la morale

²⁸⁴³ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, préc., §40, nous soulignons.

²⁸⁴⁴ CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, préc., §34.

²⁸⁴⁵ *Ibid.*, §50.

²⁸⁴⁶ *Ibid.*, §54 et 55 : « Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

²⁸⁴⁷ G. Merland, *thèse préc.*, p. 252.

²⁸⁴⁸ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 29 à 32, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 252.

²⁸⁴⁹ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, cons. 55, v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 252.

personnelle et la morale collective. Ensuite, il s'en remet au législateur en ce qui concerne les arbitrages sur ce qu'il considère comme les « questions de société »²⁸⁵⁰.

705. L'éthique comme intérêt général : la compétence du législateur. Le Conseil constitutionnel se réfère parfois à l'éthique en tant qu'objectif d'intérêt général, mais il s'agit le plus souvent de laisser compétence au législateur sur des questions sur lesquelles lui-même refuse de se prononcer. On en trouve une illustration dans l'une des toutes premières questions prioritaires de constitutionnalité, qui concernait la conformité à la Constitution du premier article de la loi du 4 mars 2002²⁸⁵¹, qui disposait notamment que « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » et devait trouver une application immédiate, y compris aux instances en cours. Face aux griefs d'atteinte au principe de la responsabilité civile et au principe d'égalité, le Conseil s'en remet à la compétence du législateur : « Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des travaux parlementaires de la loi du 4 mars 2002 susvisée que les dispositions critiquées tendent à soumettre la prise en charge de toutes les personnes atteintes d'un handicap à un régime qui n'institue de distinction ni en fonction des conditions techniques dans lesquelles le handicap peut être décelé avant la naissance, ni en fonction du choix que la mère aurait pu faire à la suite de ce diagnostic ; qu'en décidant, ainsi, que les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de son handicap, ne peuvent constituer un préjudice indemnisable lorsque la faute invoquée n'est pas à l'origine du handicap, le législateur a pris en compte des considérations éthiques et sociales qui relèvent de sa seule appréciation »²⁸⁵². Ainsi, il semble qu'en ces questions, le Conseil ne substitue pas son appréciation à celle du législateur. Dans un contexte différent, mais dans lequel fut également invoqué l'enjeu éthique, un requérant soulevait à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité l'atteinte à la liberté d'entreprendre constituée par l'interdiction « d'enseigner, d'animer ou d'encadrer une activité physique ou sportive ou d'entraîner ses pratiquants, lorsqu'elle a été condamnée pour conduite à la suite d'un usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants ou pour refus de se soumettre, lors d'un contrôle routier, à une épreuve de dépistage permettant d'établir cet usage »²⁸⁵³, dans le cadre de la lutte contre le dopage. Le Conseil considéra que « le législateur a[vait] entendu garantir l'éthique des

²⁸⁵⁰ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, n° 154-4, p. 200 : retenue du Conseil constitutionnelle en matière de « considérations éthiques et sociales » ; F. Chénéde, « Brèves remarques... », *art. préc.*, spéc. p. 43 ; sur ce point, v. *supra*, n° 818.

²⁸⁵¹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

²⁸⁵² Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, cons. 14, nous soulignons. Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, cons. 22 et 23 : Toutefois, l'application aux instances en cours est censurée en raison de l'absence de motifs d'intérêt général « suffisants ».

²⁸⁵³ Cons. const., 7 mai 2021, n° 2021-904, cons. 4.

personnes qui entraînent les pratiquants d'une activité physique ou sportive ou enseignent, animent ou encadrent cette activité, en raison de l'influence qu'elles peuvent exercer sur eux et la sécurité de ces derniers »²⁸⁵⁴. Face à la liberté d'entreprendre, qui admet souplement les limitations, l'enjeu éthique et la sécurité prévalent. Enfin, sur l'interdiction d'identification des personnes décédées par les empreintes génétiques sans consentement de leur vivant, le Conseil estime que « le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts », avant d'ajouter « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain »²⁸⁵⁵. Cette position manifeste la « retenue » du Conseil constitutionnel sur les questions familiales et sociales²⁸⁵⁶.

706. La protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux à travers l'éthique : la compétence du législateur. De même, face à la remise en cause dans le cadre d'une saisine parlementaire de la réforme sur la recherche sur l'embryon, portant atteinte, selon les requérants, au principe de dignité humaine, le Conseil se contenta de soulever les garanties prévues par la loi pour écarter toute atteinte : « si le législateur a modifié certaines des conditions permettant l'autorisation de recherche sur l'embryon humain et sur les cellules souches embryonnaires à des fins uniquement médicales, afin de favoriser cette recherche et de sécuriser les autorisations accordées, *il a entouré la délivrance de ces autorisations de recherche de garanties effectives* » et qu'ainsi, « ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »²⁸⁵⁷. L'intérêt général de la recherche est ici favorisé sur le fondement de certaines considérations éthiques. Que l'éthique soit le fondement du recours ou qu'il soit le motif d'intérêt général, il semble que le Conseil constitutionnel s'en remette à l'appréciation du législateur²⁸⁵⁸.

707. Que ce soit en raison de leur pratique jurisprudentielle, de leur positionnement institutionnel, ou encore de la nature abstraite ou concrète de leur contrôle, la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel semblent avoir une approche différente de

²⁸⁵⁴ Cons. const., 7 mai 2021, n° 2021-904, cons. 6.

²⁸⁵⁵ Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, cons. 6.

²⁸⁵⁶ F. Chénéde, « Brèves remarques... », *art. préc.*, spéc. p. 43. Sur ce point, v. *infra*, n° 818.

²⁸⁵⁷ Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-674 DC, cons. 17.

²⁸⁵⁸ Cependant, dans une décision récente, le Conseil constitutionnel s'appuya sur la dignité en lien avec la « prohibition des traitements inhumains et dégradants » pour remettre en cause la conformité à la Constitution des conditions de la détention provisoire (Cons. const., 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC, v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 424, p. 310) et plus largement de l'incarcération (Cons. const., 16 avr. 2021, n° 2021-898 QPC, v. X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 424, p. 310).

l'enjeu moral. Admis occasionnellement devant la Cour européenne mais écarté en pratique, il semble peu contrôlé par le Conseil constitutionnel qui s'en remet à la compétence du législateur.

708. La faible protection des enjeux substantiels d'intérêt général se manifeste également à travers le déplacement des questions afin d'occulter l'enjeu d'intérêt général.

B. Le déplacement des questions pour occulter l'enjeu d'intérêt général

709. L'intérêt général peut également être effacé du débat au moyen d'un déplacement du litige, souvent d'une question substantielle à une question formelle. Il en va ainsi dans le cas des gestations pour autrui à l'étranger, où la problématique de la régularité du lien de filiation se transforme en question tenant à la possibilité légale de transcrire l'acte d'état civil.

710. Contexte du phénomène : bref état du contentieux relatif à la gestation pour autrui. L'effacement de l'intérêt général se manifeste particulièrement dans un phénomène de déplacement des questions juridiques d'un enjeu d'intérêt général de fond à un enjeu de forme, dont l'exemple le plus emblématique est celui du contentieux des gestations pour autrui réalisées à l'étranger par des ressortissants français. Après avoir refusé la transcription d'actes de naissance d'enfants nés de mères porteuses à l'étranger, dans plusieurs arrêts remarquables en 2011²⁸⁵⁹, 2013 et 2014²⁸⁶⁰, la Cour de cassation opéra en Assemblée plénière un revirement le 3 juillet 2015²⁸⁶¹, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁸⁶². Elle estima en effet qu'en vertu de l'ancienne rédaction de l'article 47 du code civil²⁸⁶³, dès lors que les actes de naissance établis régulièrement à l'étranger désignaient le géniteur de l'enfant, la filiation correspondait à la réalité biologique.

711. Le déplacement d'une question de fond vers une question de forme dans le contentieux relatif à la gestation pour autrui. Le contentieux de la gestation pour autrui constitue une illustration de la faible prise en compte de l'intérêt général, pouvant conduire à un déplacement des questions de fond vers des questions de forme²⁸⁶⁴. L'article 47 du code civil

²⁸⁵⁹ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, 09-17.130 et 09-66.486 (3 arrêts).

²⁸⁶⁰ *Ibid.* ; Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-38.315 et 12-30.138 ; Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005.

²⁸⁶¹ Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et 15-50.002.

²⁸⁶² CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, préc. et CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, préc.

²⁸⁶³ Art. 47 anc. c. civ., al. 1 : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » (l'article a été modifié depuis la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, par l'ajout de la phrase « Celle-ci [la réalité] est appréciée au regard de la loi française »).

²⁸⁶⁴ F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ? L'impossible titrisation de l'état civil », in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, H. Fulchiron (dir.), LexisNexis, coll. « Perspectives », 2019,

est en principe une disposition de nature « purement probatoire », qui a pour objectif de d'« [assurer] la circulation internationale de l'acte »²⁸⁶⁵. Cependant, cet article révèle les difficultés liées aux « rapports entre la foi accordée à l'acte et la validité de la situation juridique constatée par celui-ci »²⁸⁶⁶. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui illustre « les ambiguïtés de la distinction entre l'*instrumentum* et le *negotium* »²⁸⁶⁷ en ce que les juges admettent un acte régulier en la forme malgré son incompatibilité de fond avec le droit français²⁸⁶⁸, et en dépit des efforts du ministère public pour tenter de replacer le débat sur le terrain de la substance²⁸⁶⁹. Affranchie de la question de la conformité de la situation avec l'ordre public international français notamment²⁸⁷⁰, la Cour de cassation « place » désormais exclusivement « l'analyse sur le terrain de la validité du *negotium* »²⁸⁷¹. Elle adopte ainsi « un raisonnement fondé sur la seule force probante de l'*instrumentum*, qui consiste à mettre l'accent sur la condition » unique « posée par l'article 47, que les faits déclarés doivent correspondre à la réalité »²⁸⁷². Cependant, le recours à l'article 47 dans ce cas constitue, au bas mot, une « erreur d'aiguillage »²⁸⁷³ : il ne règle ni les « statuts », ni les « faits » ; en tant que règle de preuve, il n'a vocation à régir que la « forme »²⁸⁷⁴. Appliquer cet article dans ce cas revient à une confusion entre « falsification » et « fraude »²⁸⁷⁵ ; c'est-à-dire, entre « l'acte » et le « statut »²⁸⁷⁶. Le professeur François Mailhé décrit à ce sujet « l'impossible titrisation » de l'état civil, autrement dit, l'impasse consistant à réduire l'état civil à un simple titre, un quelconque *instrumentum*, sans égard pour la validité de fond du statut qui s'y attache, le *negotium*²⁸⁷⁷. Par conséquent, pour satisfaire le « droit à une identité juridique »²⁸⁷⁸, en d'autres termes, pour prendre en compte un intérêt particulier, les juges

p. 379 et s., spéc. p. 381 ; S. Corneloup, « L'article 47 du code civil et le droit international privé », *Rev. dr. Assas*, n° 10, oct. 2020, p. 103 et s., spéc. p. 109. V. aussi C. Bidaud, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française"... », *Rev. crit. DIP* 2022.35.

²⁸⁶⁵ S. Corneloup, « L'article 47... », *art. préc.*, spéc. p. 107.

²⁸⁶⁶ *Ibid.*, spéc. p. 108 et 109.

²⁸⁶⁷ *Ibid.*, spéc. p. 109 ; v. aussi F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ?... », *art. préc.*, spéc. p. 382.

²⁸⁶⁸ S. Corneloup, « L'article 47... », *art. préc.*, spéc. p. 109.

²⁸⁶⁹ F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ?... », *art. préc.*, spéc. p. 382.

²⁸⁷⁰ S. Corneloup, « L'article 47... », *art. préc.*, spéc. p. 109.

²⁸⁷¹ *Ibid.*

²⁸⁷² *Ibid.*

²⁸⁷³ F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ?... », *art. préc.*, spéc. p. 383.

²⁸⁷⁴ *Ibid.*

²⁸⁷⁵ *Ibid.*

²⁸⁷⁶ *Ibid.* Sur ce point, v. aussi, V. Deschamps, *thèse préc.*, n° 809, p. 536.

²⁸⁷⁷ F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ?... », *art. préc.*, spéc. p. 383 et s.

²⁸⁷⁸ S. Corneloup, « L'article 47... », *art. préc.*, spéc. p. 109 : l'auteur fait à ce sujet référence à l'article 16.9 des Objectifs de développement durable à horizon 2030 qui prévoit de « garantir à tous une identité juridique, notamment grâce à l'enregistrement des naissances » ; v. aussi F. Mailhé, « Le *negotium* par l'*instrumentum* ?... », *art. préc.*, spéc. p. 387.

déplacent la question sur le terrain de la forme afin d'occulter la question de fond que le droit français ne peut pas traiter : si l'ordre juridique refuse la transcription du lien de filiation, il s'oppose à la Cour européenne des droits de l'homme ; s'il l'accepte, il va à l'encontre de ses propres lois²⁸⁷⁹. Le déplacement de la question vers une problématique de forme permet au juge de s'abstraire du débat : l'intérêt général est évacué par la reformulation de la question de droit. Il semble cependant que l'ajout de la dernière phrase à l'article 47 du code civil lors de la réforme de 2021²⁸⁸⁰, qui exige la conformité de la transcription à la réalité telle qu'elle est envisagée par la loi française, ait souhaité ralentir le mouvement notamment opéré par l'arrêt du 18 décembre 2019²⁸⁸¹, qui admettait la transcription des actes de naissance sans contrôle des juges au fond²⁸⁸².

712. D'un intérêt général de fond à un intérêt général de forme pour la prise en compte d'intérêts particuliers contraires à la loi. Ainsi, c'est par la prise en compte d'intérêts particuliers – l'intérêt de l'enfant et le « droit à une identité juridique »²⁸⁸³ – que la solution subit une importante évolution caractérisée par un déplacement de la question de fond à une simple question de forme et de preuve²⁸⁸⁴. L'affaiblissement de l'intérêt général se manifeste par son incapacité à l'emporter au fond : la question se déplace sur un autre terrain, car l'intérêt général porté par la loi n'est plus de nature à faire seul le poids face aux intérêts particuliers. La résolution de la question se pare pourtant de l'intérêt général puisque référence est faite à la loi ; il s'agit simplement d'un enjeu différent.

713. Cette indifférence aux enjeux d'intérêt général, manifestée à travers leur faible importance ou leur sortie forcée du débat, n'est pas sans influence sur les solutions juridiques. Tout comme la faible prise en compte formelle de l'intérêt général se répercute sur les aspects formels de l'ordre juridique²⁸⁸⁵, sa faible prise en compte substantielle influence les solutions au fond.

²⁸⁷⁹ S. Corneloup, « L'article 47... », *art. préc.*, spéc. p. 109.

²⁸⁸⁰ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Il est aujourd'hui impossible de déterminer l'interprétation que les juges donneront à cette nouvelle rédaction. Cependant, peut-être le législateur a-t-il justement souhaité replacer le débat sur la question de l'intérêt général de fond et non plus simplement sur la forme, à rebours de la pratique jurisprudentielle récente.

²⁸⁸¹ Civ. 1^{re}, 18 déc. 2019, n° 18-11.815.

²⁸⁸² A. Karila-Danziger et F. Guillaume Joly, « Transcription à l'état civil... », *art. préc.*

²⁸⁸³ S. Corneloup, « L'article 47... », *art. préc.*, spéc. p. 109.

²⁸⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁸⁵ V. *supra*, n° 508 et s.

714. La faible place de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux est en outre visible dans la mise en balance par les juges d'intérêts particuliers à la place de l'intérêt général.

C. La substitution de l'intérêt particulier à l'intérêt général dans balance

715. La préférence accordée à l'intérêt particulier se manifeste d'abord, à travers la possibilité de mettre en balance des règles auparavant incontournables (1), ensuite, par des situations d'invocation d'un intérêt particulier en lieu et place de l'intérêt général (2), et enfin, avec l'importance donnée à la « protection des droits et libertés d'autrui » comme limite aux droits fondamentaux (3).

1. L'admission de la mise en balance de règles auparavant incontournables

716. **La vie privée et familiale face à la propriété des personnes publiques et aux règles d'urbanisme.** Aujourd'hui, la démonstration de la violation d'une règle d'intérêt public résultant directement de la loi n'entraîne plus de condamnation automatique. Dans un litige opposant la mairie de Paris à des occupants sans droit ni titre de terrains, les juges estimèrent que la sécurité justifiait l'expulsion aux motifs que « deux campements se trouvaient sur des espaces situés à l'angle d'avenues et à proximité d'une bretelle de sortie du boulevard périphérique, que ces campements ne disposaient ni de sanitaires, ni d'eau courante, ni d'électricité, que l'éclairage se faisait à la bougie et le chauffage au bois dans des cabanes et que deux agents municipaux venus effectuer des réparations sur la voirie avaient été agressés par des chiens appartenant aux occupants, la cour d'appel, qui a retenu, par un motif non critiqué, que la nécessité de prévenir un dommage imminent *caractérisé par un danger pour la sécurité tant des usagers du boulevard périphérique que des intéressés eux-mêmes et de leurs familles*, exigeait leur expulsion sans délai, a légalement justifié sa décision au regard des droits fondamentaux protégés par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²⁸⁸⁶. Les juges admettent ainsi la mise en balance avec les droits fondamentaux des occupants. En témoigne encore un arrêt du 16 janvier 2020, dans lequel une commune poursuivait la démolition de constructions effectuées par les propriétaires sur un terrain, en violation des règles d'urbanisme classant les parcelles en zone naturelle : la Cour de cassation imposa à la cour d'appel de mettre en balance le droit à la vie privée et familiale avec les dispositions d'urbanisme liées à la protection de l'environnement²⁸⁸⁷.

²⁸⁸⁶ Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-11.776 et 14-21.515.

²⁸⁸⁷ Civ. 3^e, 16 janv. 2020, n° 19-10.375. V. cependant, dans des circonstances similaires de constructions attentatoires à l'environnement Civ. 3^e, 7 nov. 2019, n° 18-17.751 : « Mais attendu qu'ayant relevé qu'aucune

717. Comparaison avec le traitement jurisprudentiel du droit de propriété privée. La comparaison peut être effectuée avec la propriété privée. Depuis quelques années, la Cour de cassation refuse la mise en balance de ce droit, notamment avec le droit à la vie privée et familiale, en raison de son importance et de son caractère absolu²⁸⁸⁸. Parallèlement, elle admet sans difficulté de confronter les règles de propriété des personnes publiques et d'urbanisme avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Finalement, tout se passe comme si le droit de propriété revêtait plus d'importance devant la Cour de cassation que certaines règles d'intérêt public²⁸⁸⁹. C'est sans doute en raison de l'absence d'un intérêt incarnable face à la vie privée et familiale que la balance des intérêts est admise, tandis qu'elle est refusée en cas de violation du droit de propriété²⁸⁹⁰.

718. Le trouble manifestement illicite écarté par la liberté d'expression. Ce mouvement de remise en cause de la notion de trouble manifestement illicite ne semble pas s'être arrêté avec l'arrêt de 2015 : un autre arrêt rendu en référé le 2 février 2022²⁸⁹¹ semble confirmer la tendance. Des membres d'une association militant pour les droits des animaux s'étaient introduits dans un élevage et avaient posté sur Internet une vidéo prise sur les lieux. Le propriétaire demandait le retrait de la vidéo sur le fondement de la protection de son droit de propriété. La cour d'appel l'avait ordonné, sans mettre en balance les intérêts et en refusant la qualification de « débat d'intérêt général » pouvant justifier la protection de la liberté d'expression des membres de l'association. La Cour de cassation censura l'arrêt, aux vises des articles 809 du code de procédure civile, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention. Elle rappela la nécessité de mettre en balance les intérêts en citant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁸⁹², et considéra que la seule violation de la loi par une partie ne doit pas être de nature à écarter sa prétention fondée sur les droits fondamentaux : « une association qui entend se prévaloir de la liberté d'expression au soutien de la défense de la cause animale doit, comme les journalistes, observer un comportement responsable et, partant, respecter la loi mais, *si la violation de la loi constitue un motif pertinent dans l'appréciation de la légitimité d'une restriction, elle ne suffit pas, en soi, à la justifier, le juge national devant toujours procéder à cette mise en balance des*

autre mesure que la démolition ne permettait de réparer le préjudice causé à l'environnement, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ».

²⁸⁸⁸ Sur ce point, v. *infra*, n° 763 et s.

²⁸⁸⁹ Sur cette comparaison, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 238, p. 246.

²⁸⁹⁰ V. en ce sens : *ibid.*, n° 239 et 240, p. 249 et s.

²⁸⁹¹ Civ. 1^{re}, 2 févr. 2022, n° 20-16.040 ; pour une présentation différente de l'arrêt v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 279 et s., p. 289 et s.

²⁸⁹² Sur ce point, pour une présentation différente de l'arrêt v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 283, p. 292.

intérêts en présence »²⁸⁹³. La mise en balance des intérêts semble dès lors devoir être systématique, dès lors qu'une liberté est invoquée²⁸⁹⁴. Sans se prononcer sur l'issue à lui donner, la Cour de cassation exige que les juges du fond l'effectuent systématiquement. La simple présence d'un acte illégal à l'origine de la captation de la vidéo, ne suffit donc pas à bloquer la revendication relative à la liberté d'expression et à refuser le contrôle de proportionnalité.

719. La confrontation des intérêts s'étend ainsi à des lois qui ne laissent pourtant pas de marge de manœuvre au juge²⁸⁹⁵ ; elle permet ainsi la confrontation, inhérente au contrôle, d'intérêts là où la loi donnait une solution claire et fondée sur l'intérêt général.

2. L'intérêt particulier en lieu et place de l'intérêt général.

720. L'intérêt particulier invoqué à la place de l'intérêt général. La préférence pour l'intérêt particulier se manifeste dans des situations dans lesquelles l'intérêt général, qui pourrait intervenir dans la balance des intérêts, est remplacé par un intérêt particulier. Ce dernier apparaît ainsi plus acceptable pour justifier les limitations aux droits et libertés fondamentaux. Certaines situations dans lesquelles l'intérêt général aurait logiquement pu l'emporter, se voient le théâtre d'une balance d'intérêts particuliers parfois surprenante. En effet, si la qualification d'un intérêt général concret peut donner lieu à une mise en balance de deux droits fondamentaux, il arrive que l'intérêt général ne prenne pas du tout part au débat, même sous forme concrète.

721. La sécurité individuelle au lieu du trouble manifestement illicite. Les juges peuvent se montrer réticents à mettre en balance l'intérêt général face aux droits fondamentaux, même lorsque ce dernier est légalement en mesure d'emporter la discussion. L'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 22 octobre 2015 en constitue une illustration : rendu en référés, il est fondé sur la sécurité des personnes et non sur l'occupation illégale du terrain, trouble manifestement illicite dont la cessation est sans aucun doute d'intérêt général²⁸⁹⁶, et aurait pourtant suffi à justifier juridiquement l'expulsion. L'expulsion est admise, non sur le fondement de l'occupation illégale de terrains appartenant à la Ville de Paris, mais en raison du souci de la sécurité des personnes responsables établies sur le fonds. Tout se passe comme si, face au droit au domicile porté par l'article 8, seule la sécurité des personnes, intérêt

²⁸⁹³ Civ. 1^{re}, 2 févr. 2022, n° 20-16.040, §9.

²⁸⁹⁴ Sur l'articulation de ce devoir avec le rôle du juge des référés, v. E. Dreyer, « Chronique de droit de la presse et des médias », *JCP G* 2022.925, n° 12.

²⁸⁹⁵ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 8 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 183, p. 189. Sur ce point, v. *supra*, n° 566 et n° 878.

²⁸⁹⁶ Qui est d'ailleurs mentionné par le pourvoi.

plus incarné que l'occupation illégale de la propriété d'une personne publique, faisait le poids face aux droits fondamentaux ; « le trouble manifestement illicite qui cause un dommage à autrui devient en soi insuffisant pour que soit ordonnée sa cessation »²⁸⁹⁷. La sécurité des personnes se voit employée presque « contre » elles, pour déjouer leurs revendications fondées sur le droit à la vie privée et familiale, là où la loi aurait en principe dû suffire à fonder l'expulsion.

722. L'absence d'invocation de l'intérêt général pour justifier l'annulation d'un mariage prohibé. Dans un arrêt du 8 décembre 2016, portant sur l'annulation d'un mariage, l'intérêt général semble occulté au profit de l'intérêt particulier. Il était question d'un mariage prohibé : un homme avait épousé la fille de son ex-épouse. La Cour de cassation, pour constater la régularité des dispositions fondant l'interdiction au regard des articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, estima qu'elles « poursui[vaie]nt un but légitime en ce qu'[ils] vise[ai]ent à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale »²⁸⁹⁸. Ces deux enjeux, mobilisés pour le contrôle abstrait, ne sont pas repris dans la mise en balance concrète alors même qu'ils sont tout à fait transposables au litige. Au lieu de cela, les juges invoquent quatre éléments : l'âge de l'épouse au moment où elle rencontre son beau-père et se marie avec lui, la « référence paternelle [...] symbolique » qu'il représentait pour elle, la durée de huit ans du mariage et l'absence d'enfants issus de l'union. Par conséquent, les juges préfèrent centrer le débat sur l'intérêt particulier de l'épouse, sans s'intéresser, ni à sa propre place dans la famille, ni aux autres membres qui la composent, ni à la place de la famille dans la société : l'inceste, à défaut d'être « biologique », était sans aucun doute « social », et non pas exclusivement « symbolique » en raison de la référence paternelle²⁸⁹⁹. Les intérêts mis en balance sont uniquement particuliers. L'intérêt général, même concret, n'est que partiellement présent dans le débat, alors qu'il a précisément pour objet une telle protection. Ainsi, les intérêts font l'objet d'une sélection : l'intérêt général concret est vaguement mentionné et l'intérêt général abstrait est à peine évoqué à travers les motifs de la cour d'appel.

723. L'absence de l'intérêt général dans la mise en balance en matière de filiation. En matière de droit de la filiation également, il semble que les intérêts particuliers

²⁸⁹⁷ P.-Y. Gautier, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : “l'anti-Daguesseau” », *JCP G* 2016.189, spéc. p. 339. V. aussi, J.-J. Ansault, « Expulsion : contrôle de proportionnalité et droits fondamentaux », *Gaz. Pal.*, n° 43, 21 juin 2016, p. 46.

²⁸⁹⁸ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

²⁸⁹⁹ L. Bernard de La Gatinais, « Mariage incestueux... », *art. préc.*

soient favorisés dans la mise en balance par rapport à l'intérêt général, même concret. Par exemple, dans un arrêt du 6 juillet 2016²⁹⁰⁰, où était contestée la filiation acquise au sens de l'article 333 du code civil, au moyen d'un titre corroboré par une possession d'état de plus de cinq ans, la Cour releva l'intérêt selon elle *uniquement patrimonial* poursuivi par la demande, pour refuser d'écarter l'article 333 du code civil, qui « tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique »²⁹⁰¹. Ainsi, l'intérêt contraire n'est pas vraiment mis en balance : seule l'absence de légitimité de l'intérêt soutenu par l'article 8 de la Convention suffit à débouter la prétention. La Cour semble ainsi une fois encore ne s'intéresser qu'à l'intérêt particulier, écartant implicitement la possibilité de poursuivre un intérêt successoral²⁹⁰².

3. L'importance de la limite d'intérêt général liée à la protection des droits et libertés d'autrui

724. La « protection des droits et libertés d'autrui » devant la Cour européenne.

La Cour européenne affirme que lorsque « deux intérêts privés se trouvent en conflit, l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation qui est d'ailleurs renforcée »²⁹⁰³. Toutefois, il semble que l'objectif de « protection des droits et libertés d'autrui » revête dans les faits une certaine importance. Il est même parfois privilégié, là où d'autres buts légitimes auraient pu être invoqués : « il arrive que la juridiction européenne utilise la “protection des droits et libertés d'autrui”, à défaut de disposer d'un but légitime plus approprié pour traiter ce qui pourrait être considéré comme relevant d'un intérêt étatique ou d'un bien collectif », et ce en raison du caractère « exhaustif » de la liste prévue par la clause d'ordre public²⁹⁰⁴. Toutefois, la Cour privilégie les droits prévus par la Convention aux autres droits et libertés²⁹⁰⁵.

725. La faveur pour l'intérêt particulier comme limite à l'intérêt particulier : la protection des droits et libertés d'autrui devant la Cour de cassation. L'analyse de la jurisprudence montre que dans certains cas, pour que la solution prévue par la loi l'emporte, les juges préfèrent se référer à un enjeu d'intérêt particulier plutôt que d'invoquer l'intérêt général, comme si la limitation d'un intérêt particulier devenait plus acceptable lorsqu'elle était justifiée par un autre intérêt particulier. La préférence jurisprudentielle pour l'intérêt particulier est ainsi visible à travers le succès de la réserve d'intérêt général de la « protection des droits et libertés

²⁹⁰⁰ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19.853.

²⁹⁰¹ *Ibid.*

²⁹⁰² Sur la légitimité de l'intérêt patrimonial, v. aussi *supra*, n° 696.

²⁹⁰³ CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, §37.

²⁹⁰⁴ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 246, p. 151 : l'auteur cite l'exemple de l'absence dans la Convention de tout but légitime relatif à la laïcité, qui a déjà fait l'objet d'une substitution avec les droits et libertés d'autrui dans un arrêt.

²⁹⁰⁵ CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c. France, préc.*, §113. V. aussi *supra*, n° 436.

d'autrui », notamment présente dans toutes les clauses d'ordre public des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. La fréquence de son invocation, de nature à transformer les litiges en conflits de droits²⁹⁰⁶, montre la faveur pour la mise en balance d'intérêts particuliers par rapport à l'intérêt général. Il semble en particulier que la Cour de cassation, qui a commencé récemment à procéder à la qualification du but légitime dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, préfère avoir recours à des intérêts particuliers pour limiter les droits fondamentaux plutôt qu'à des enjeux d'intérêt général. Plusieurs illustrations du phénomène peuvent être données. Tout d'abord, dans le cadre du contentieux relatif à la remise en cause des délais de prescription et de forclusion liés à la contestation de la filiation, les juges de la première chambre civile font souvent référence à la « protection des droits des tiers » et à la « sécurité juridique »²⁹⁰⁷. La motivation est presque toujours la même : la Cour de cassation considère par exemple que l'article 320 du code civil et le délai de prescription qu'il prévoit « poursui[ven]t un but légitime en ce qu'[ils] tendent à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations »²⁹⁰⁸. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 4 juillet 2005 au sujet de l'article 333 du code civil évoquait quant à lui la « stabilité du lien de filiation »²⁹⁰⁹, ainsi que les « principes de simplicité » et de « sécurité juridique ». La Cour de cassation fait néanmoins abondamment référence à l'enjeu de protection des droits et libertés d'autrui, malgré son absence dans l'ordonnance. Pourtant, il semble que tous les enjeux ne puissent pas être résumés à cette formulation. Dans le même ordre d'idée, dans un arrêt de la première chambre civile du 5 juillet 2017 relatif à la transcription des liens de filiation résultant de gestation pour autrui à l'étranger, les juges invoquent : « la protection de l'enfant et de la mère porteuse » et souligne que la solution « vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil »²⁹¹⁰. Trois enjeux sont ici retenus : la protection de l'enfant, celle de la mère porteuse – deux intérêts particuliers – et le respect de la loi à travers les articles 16-7 et 16-9 du code civil. À aucun moment, les juges ne font référence ni aux motifs d'intérêt général ayant guidé l'adoption de ces articles et qui pourraient justifier le maintien de l'interdiction, ni aux principes d'indisponibilité de l'état et du corps, qui étaient pourtant auparavant invoqués dans

²⁹⁰⁶ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 79 et s., p. 46 et s.

²⁹⁰⁷ Civ. 1^{re}, 2 mars 2022, n° 20-23.282, §6 ; Civ. 1^{re}, 2 déc. 2020, n° 19-20.279, §11 ; Civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938 ; Civ. 1^{re}, 9 nov., 2016, n° 15-25.068 ; Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19.853.

²⁹⁰⁸ Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507.

²⁹⁰⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

²⁹¹⁰ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017 (2 arrêts), n° 15-28.597 et n° 16-16.901.

la jurisprudence pour refuser cette pratique²⁹¹¹. Les enjeux d'intérêt général n'apparaissent pas, si ce n'est à travers le rappel de l'interdiction civile du contrat, sans que soit mentionnée la sanction pénale d'une telle pratique sur le territoire, pourtant de nature à renforcer la prohibition.

726. Le respect des droits et libertés comme enjeu d'intérêt général devant le Conseil constitutionnel : une utilisation rare et déterminée. La situation du Conseil constitutionnel est particulière en ce qu'elle n'implique qu'un contrôle abstrait, qui ne met donc pas en œuvre l'intérêt général concret²⁹¹². Le respect des droits et libertés d'autrui est cependant qualifié par le Conseil constitutionnel comme constituant un objectif de valeur constitutionnelle²⁹¹³, qui permet de limiter la liberté de communication, considérée comme une liberté de « premier rang »²⁹¹⁴, parmi les mieux protégées par le Conseil²⁹¹⁵. D'ailleurs, cet objectif est le plus souvent invoqué avec deux autres, également considérés comme ayant une valeur constitutionnelle : « la sauvegarde de l'ordre public et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels »²⁹¹⁶. Ils sont le plus souvent employés pour limiter la liberté de communication²⁹¹⁷. Parmi ces trois objectifs, seule la sauvegarde de l'ordre public semble être utilisée séparément²⁹¹⁸. Tout comme la « préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels », il semble que ces enjeux soient spécifiques à la limitation de la liberté de communication. L'existence d'un triple objectif de valeur constitutionnelle, dont deux sont spécifiques à la limitation de la liberté de communication, semble significative de l'importance de cette dernière. La protection de la liberté d'autrui ne semble ainsi pas avoir le même sens que devant la Cour européenne des droits de l'homme, où

²⁹¹¹ Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Également cités parmi les objectifs de la loi de 1994, S. Desmarescaux, *Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la bioéthique*, n° 125, Session ordinaire de 2002-2003, Annexé au procès-verbal de la séance du 14 janvier 2003, p. 6 : « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine, principe structurant de valeur constitutionnelle, et les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps humain, principes généraux inclus dans le code civil ».

²⁹¹² Certains auteurs constatent ou souhaitent une concrétisation : L. Gay, « Repenser le contrôle concret... », *art. préc.* ; J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.* ; D. Fallon, « Le contrôle concret... », *art. préc.* ; J. Bonnet, « La QPC et l'intérêt du justiciable », *art. préc.*

²⁹¹³ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 129.

²⁹¹⁴ *Ibid.*, n° 154-1, p. 192.

²⁹¹⁵ *Ibid.*

²⁹¹⁶ *Ibid.*, n° 108, p. 129.

²⁹¹⁷ *Ibid.* ; l'examen de la jurisprudence montre que l'association de ces trois enjeux n'est utilisée que dans ce contexte.

²⁹¹⁸ Notamment dans le cadre de la lutte contre les infractions pénales : Cons. const., 1^{er} févr. 2019, n° 2018-761 QPC, cons. 9 : « il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions ».

son utilisation est beaucoup plus large et prévue comme limite dans les articles dotés d'une clause d'ordre public.

727. La faible place de l'intérêt général se manifeste, outre sa prise en compte incertaine face aux droits fondamentaux, par des interférences entre les intérêts particuliers et l'intérêt général. Ce dernier semble davantage intégré au raisonnement quand il est porteur d'enjeux qui se rapprochent d'intérêts particuliers.

§2. LES INTERFÉRENCES ENTRE INTÉRÊTS PARTICULIERS ET INTÉRÊT GÉNÉRAL

728. Le caractère contingent de l'intérêt général lui permet d'accueillir toutes sortes d'enjeux, rattachables à des considérations plus ou moins privées ou collectives. En outre, il arrive que les intérêts particuliers, à travers les droits fondamentaux, revêtent l'apparence de l'intérêt général. D'un pur point de vue substantiel, on peut parler d'interférences entre les enjeux d'intérêt général et ceux d'intérêt particulier. Ces phénomènes sont révélateurs de la place que l'intérêt général trouve dans le contentieux des droits fondamentaux.

729. Il semble que certains enjeux soient fortement favorisés par les juges dans le contrôle des droits fondamentaux, y compris lorsqu'ils se trouvent intégrés à l'intérêt général : c'est le cas des intérêts que l'on pourrait appeler « incarnables » (A). Ces enjeux, qui admettent une composante individuelle en sus de leur composante collective, semblent singulièrement bien protégés devant le juge. Paradoxalement, il semble que parfois, les intérêts particuliers usent d'une certaine puissance rhétorique de l'intérêt général pour accentuer leur poids dans la balance (B).

A. La valorisation des enjeux d'intérêt général incarnables

730. La faveur accordée à certains enjeux « incarnables » se mesure tout d'abord à leur valorisation formelle témoignant de leur importance : ces enjeux sont souvent qualifiés d'objectif de valeur constitutionnelle ou encore de motif impérieux d'intérêt général ; ils se déclinent en outre à la fois en droit fondamental et en enjeu d'intérêt général (1). La valorisation se décèle en outre à travers leur capacité à justifier des situations d'état d'urgence, reflétant leur aptitude à relever d'un intérêt général d'exception (2).

1. La valorisation formelle de certains enjeux d'intérêt général incarnables

731. Il semble que le caractère « abstrait », désincarné, des enjeux considérés traditionnellement comme de « pur intérêt général », soit aujourd'hui plus faiblement pris en

compte face aux droits fondamentaux. Les enjeux d'intérêt général ayant le plus de succès sont ceux qui peuvent s'incarner en intérêts particuliers : les principales illustrations sont la santé et la sécurité. Leur valorisation peut être formelle, à travers une qualification liée à l'importance de l'enjeu (a) ; elle peut encore se manifester à travers un potentiel double rôle d'enjeu d'intérêt général et de droit fondamental (b).

a. La valorisation formelle dans l'ordre juridique : objectif de valeur constitutionnelle et motif impérieux

732. La qualification d'objectif ou de principe de valeur constitutionnelle. La santé et la sécurité sont principalement concernées par cette forte « incarnabilité » ; or, elles constituent toutes deux des objectifs de valeur constitutionnelle²⁹¹⁹. L'impératif de santé publique²⁹²⁰ fonda ainsi dans un premier temps des limitations à la liberté d'expression, et notamment la publicité pour certains produits – en particulier le tabac et l'alcool²⁹²¹. Elle justifia en outre des limitations au droit de mener une vie familiale normale dans le cadre des règles relatives à l'immigration et aux conditions de séjour sur le territoire²⁹²². On songe aussi évidemment aux restrictions liées à l'épidémie de Covid-19²⁹²³. La sécurité est, quant à elle, susceptible d'apporter des limites au droit de grève²⁹²⁴. Enjeu également fortement incarnable, elle fut implicitement consacrée à travers l'objectif de valeur constitutionnelle de « la prévention des atteintes à l'ordre public »²⁹²⁵, parfois rattaché à la « prévention des infractions »²⁹²⁶. Enfin, la sécurité juridique est protégée à travers la « bonne administration de la justice », objectif de valeur constitutionnelle²⁹²⁷.

733. La bonne qualité de la loi rattachée à la sécurité juridique : motif d'intérêt général impérieux ou suffisant. La valorisation formelle d'un enjeu peut également se

²⁹¹⁹ P. de Montalivet, *thèse préc.*, n° 937 et s., p. 544 et s. : considère que les principes de valeur constitutionnelle englobent souvent les droits fondamentaux et que les objectifs d'intérêt général sont des objectifs d'intérêt général. Toutefois, il semble que certaines notions jouent les deux rôles, la distinction entre objectif et principe ne semble pas rigide.

²⁹²⁰ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 129.

²⁹²¹ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 565, p. 405. V. par ex. Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC, cons. 11.

²⁹²² V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 129, v. Cons. const., 13 déc. 1993, n° 93-325 DC, cons. 70.

²⁹²³ Sur ce point, v. *infra*, n° 742 et s.

²⁹²⁴ Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-117 DC, cons. 4, nous soulignons : « les limitations nécessaires en vue d'assurer la *protection de la santé et de la sécurité* des personnes et des biens, protection qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » ; v. G. Merland, *thèse préc.*, p. 252.

²⁹²⁵ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 129. V. encore récemment, Cons. const., 20 janv. 2022, n° 2021-834 DC, cité aux cons. 6, 24 et 51. Pour la sauvegarde de l'ordre public dans le cas de mariages frauduleux, dans lequel il n'est pas qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle, v. Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, cons. 9.

²⁹²⁶ V. Cons. const., 1^{er} févr. 2019, n° 2018-761 QPC, cons. 9.

²⁹²⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 108, p. 129.

manifester par sa qualification de motif « impérieux » ou « suffisant » d'intérêt général²⁹²⁸. Les enjeux liés à la sécurité juridique sont particulièrement concernés. Or, cette dernière comprend une bonne capacité d'incarnation : elle peut être tout autant envisagée à l'échelle individuelle que collective. On peut citer par exemple l'exigence de qualité de la loi comme limite à l'article 16, dans le cadre des lois de validation. C'est ainsi que la Cour de cassation estima, dans le cadre d'une loi de validation « tend[ant] à assurer le financement du dispositif de protection sociale qui bénéficie aux exploitants et salariés agricoles », que la règle avait « *pour but d'empêcher certains cotisants d'être exonérés du paiement des cotisations sociales en raison d'un vice de forme affectant un texte réglementaire*, ce qui entraînerait non seulement une *inégalité de traitement injuste* entre les assurés mais encore un *déséquilibre grave du système de financement social* », ce qui constituait un « *impérieux motif d'intérêt général* »²⁹²⁹. Les exemples sont nombreux²⁹³⁰. La nécessité de mise en conformité avec des normes supérieures qui justifient de modifier la loi et les situations légalement établies, en lien avec la sécurité juridique, est également contrôlée par la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil estima, face à une requête fondée sur une atteinte aux situations légalement acquises, davantage que sur la rétroactivité que « la suppression du privilège professionnel dont jouissaient les courtiers interprètes et conducteurs de navire répondait à un *but d'intérêt général résultant de la volonté du législateur de mettre le droit national en conformité avec le règlement* du Conseil du 12 octobre 1992 susvisé »²⁹³¹. La bonne qualité peut également se manifester par le souci de l'efficacité de la loi, qui justifie certains effets rétroactifs. Le Conseil a ainsi considéré par exemple, face à un grief d'atteinte à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour l'adoption de dispositions à effets rétroactifs, que « le législateur a entendu éviter que l'annonce de la réforme n'entraîne des *effets contraires à l'objectif de rendement poursuivi* », ce qui constituait un motif d'intérêt général suffisant²⁹³². Enfin, la sécurité

²⁹²⁸ Sur ce vocabulaire, v. *supra*, n° 395.

²⁹²⁹ Civ. 2^e, 31 mai 2005, n° 04-30.079, nous soulignons.

²⁹³⁰ Com., 14 déc. 2004, n° 01-10.780, nous soulignons : la loi à effet rétroactif peut avoir pour objectif de corriger le défaut d'une autre règle, par exemple une abrogation accidentelle, « l'intervention du législateur qui s'est borné à rétablir, dans des termes équivalents, des dispositions réglementant la compétence des tribunaux de commerce, qui à la suite d'une *maladresse législative*, avaient été abrogées, sans que d'autres ne soient venues les remplacer, a répondu ainsi à un *impérieux motif d'intérêt général* ». Cons. const., 21 juill. 2017, n° 2017-644 QPC, cons. 6, nous soulignons ; v. aussi avec une formulation quasiment identique Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC, cons. 6 : le législateur « a [...] entendu éviter une multiplication des réclamations fondées sur la *malfaçon législative* révélée par les arrêts précités de la Cour de cassation ».

²⁹³¹ Cons. const., 11 févr. 2011, n° 2010-102 QPC, cons. 5, nous soulignons.

²⁹³² Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, cons. 39. V. aussi Cons. const., 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, cons. 14 et 15 : « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre

juridique s'attachant à la qualité de la loi peut être de nature à justifier une loi de validation en complétant un motif financier, insuffisant seul à la fonder²⁹³³. Ainsi, la « bonne qualité » générale de la loi, rattachée à la sécurité juridique, constitue un enjeu « incarnable », qualifié par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, de motif « impérieux » ou « suffisant » d'intérêt général²⁹³⁴.

b. Le double rôle d'enjeu d'intérêt général et de droit ou liberté comme manifestation de l'« incarnabilité »

734. Le degré d'« incarnabilité » à travers la capacité de transformation en droit ou en liberté. Le degré d'« incarnabilité » d'un enjeu d'intérêt général se mesure notamment à travers sa dualité manifestée par sa capacité à être simultanément employé comme un droit ou une liberté. En effet, la possibilité d'employer un enjeu « des deux côtés » de la balance constitue un indice de son degré de protection²⁹³⁵. Certains enjeux d'intérêt général peuvent même s'illustrer dans des droits faisant l'objet d'obligations positives pour les États dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme. Les principaux enjeux concernés sont la sécurité juridique (α), la sécurité physique (β) et la santé (γ).

α . La sécurité juridique

735. La sécurité juridique : objectif d'intérêt général et droit fondamental. La sécurité juridique est un premier exemple de cette double fonction, de droit fondamental d'une part, et d'enjeu d'intérêt général pouvant justifier des restrictions, d'autre part²⁹³⁶. Elle apparaît

en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations », que l'effet rétroactif des dispositions est « justifié par un motif d'intérêt général suffisant » d'« éviter que l'annonce de cette réforme n'entraîne, avant l'entrée en vigueur de la loi, des effets contraires à l'objectif de rendement poursuivi » ; v. aussi, avec une formulation quasiment identique Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-661 DC, cons. 19 : « le législateur a entendu éviter que le dépôt du projet de loi sur le bureau de l'Assemblée nationale n'entraîne, avant l'entrée en vigueur de la loi, des effets contraires à l'objectif poursuivi ».

²⁹³³ V. *supra*, n° 691 et s.

²⁹³⁴ Cependant, la qualité de la loi n'est pas nécessairement un motif impérieux d'intérêt général. Par exemple, sur le niveau de complexité de la loi, v. Cons. const., 10 déc. 2021, n° 2021-955 QPC, cons. 12 : « la volonté du législateur d'appliquer, conformément à ce qu'aurait été son intention initiale, un même régime à l'ensemble des demandes d'indemnisation, quelle que soit la date de leur dépôt, ne constitue pas un motif impérieux d'intérêt général justifiant l'atteinte ainsi portée au droit des personnes qui avaient engagé une procédure administrative ou contentieuse » ou encore Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC, cons. 87 et 88, nous soulignons : « la complexité nouvelle imposée aux contribuables *ne trouve sa contrepartie dans aucun motif d'intérêt général véritable* ». À l'inverse : Cons. const., 17 sept. 2010, n° 2010-26 QPC, cons. 8, nous soulignons : « l'ensemble de ces dispositions *a pour objet de mettre fin dans les meilleurs délais à l'utilisation de locaux ou d'habitation présentant un danger pour la santé ou la sécurité des occupants* ; qu'ainsi le tempérament apporté à la règle du caractère préalable de l'indemnisation répond à des *motifs impérieux d'intérêt général* ».

²⁹³⁵ P. de Montalivet, *thèse préc.*, n° 937 et s., p. 544 et s. : considère que les principes de valeur constitutionnelle englobent souvent les droits fondamentaux et que les objectifs d'intérêt général sont des objectifs d'intérêt général. Toutefois, il semble que certaines notions jouent les deux rôles, la distinction entre objectif et principe ne semble pas rigide.

²⁹³⁶ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 780, p. 559 : « elle ne joue pas seulement au bénéfice des destinataires des lois ou actes administratifs et [...] peut justifier des restrictions à leurs droits ou intérêts ».

autant comme un « droit objectif reconnu à l'individu » que comme « une contrainte objective dont le respect s'impose aux autorités »²⁹³⁷.

736. Illustration devant le Conseil constitutionnel : la diversité des rôles de la sécurité juridique. La sécurité juridique trouve sa place dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à la fois comme argument des opposants au contrôle de la loi par les droits de l'homme²⁹³⁸ et comme valeur fondamentale protégée par les droits fondamentaux. Le contentieux des lois à effet rétroactif en constitue une illustration éclatante²⁹³⁹ : à la fois portée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, au sein du même litige, incarnée par l'enjeu d'intérêt général à travers la bonne qualité de la loi, elle semble se battre contre elle-même et justifier des restrictions à son propre exercice. C'est la sécurité juridique qui explique, pour limiter les atteintes aux situations légalement acquises et aux contrats régulièrement conclus²⁹⁴⁰, que les lois de validation soient légitimées par un motif « suffisant »²⁹⁴¹ ou « impérieux »²⁹⁴² d'intérêt général. C'est encore la sécurité juridique qui incite le Conseil à reporter dans le temps l'effet des abrogations qu'il prononce : ce fut le cas de l'article L. 45 du code des postes et communication qui donne à l'autorité administrative une très large latitude dans la décision d'attribution des noms de domaine sur Internet, texte déclaré contraire à la Constitution, notamment sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration de 1789 relatif à la liberté d'entreprendre²⁹⁴³. Elle peut occasionnellement prendre la forme de la « bonne administration de la justice »²⁹⁴⁴, qui peut aussi avoir le double rôle d'enjeu d'intérêt général et de droit ou liberté²⁹⁴⁵. Le Conseil constitutionnel semble avoir partiellement repris à

²⁹³⁷ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 780, p. 559.

²⁹³⁸ C. Jamin, « Juges... », *art. préc.*, spéc. p. 44 : l'auteur parle de « chaos », de « désordre » et la « difficulté d'anticiper les solutions » ; F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 3 : « la méthode s'épuise au profit de la seule appréciation morale des intérêts en présence, appréciation qui est précisément la cause de l'imprévisibilité et de l'inégalité redoutées. ». Nous ne citons que ces deux références mais l'inquiétude semblent partagée par tous les auteurs qui ont tenté de déceler les limites de cette méthode ; L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* Pour le lien entre équité et sécurité juridique J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable en droit de la famille », *art. préc.*, spéc. p. 106, sur l'équité.

²⁹³⁹ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 784, p. 562.

²⁹⁴⁰ *Ibid.*, n° 782, p. 560 et 561, v. Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-568 DC, §18.

²⁹⁴¹ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 782, p. 560, v. Cons. const., 15 nov. 2019, n° 2019-812 DC, §5.

²⁹⁴² V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, n° 129, p. 151 ; X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 784, p. 562. Sur l'évolution de vocabulaire, v. J. Roux, « Du "but d'intérêt général suffisant"... », *art. préc.*

²⁹⁴³ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2016-45 QPC, cons. 7.

²⁹⁴⁴ Cons. const., 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC, cons. 6 : « par les dispositions contestées, le législateur a entendu assurer un équilibre entre, d'une part, les intérêts des héritiers et, d'autre part, la sécurité des actes conclus par le défunt et en particulier des transactions ; qu'il a également entendu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, éviter les difficultés liées à l'administration de la preuve de l'état mental d'une personne décédée ».

²⁹⁴⁵ Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-356 QPC : au cons. 7, il représente un objectif du législateur tandis qu'aux cons. 3 et s., il constitue l'un des griefs présentés par le requérant et examiné par le Conseil.

son compte l'idée d'espérance légitime²⁹⁴⁶. La diversité des rôles que l'enjeu revêt témoigne ainsi de son importance.

737. Illustration devant la Cour européenne. La dualité de la sécurité juridique se manifeste aussi dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹⁴⁷ : elle constitue un droit invocable, protégé sur le fondement de l'article 6 de la Convention²⁹⁴⁸, tout comme elle fonde l'exigence de légalité de l'ingérence dans l'application des articles à clause d'ordre public²⁹⁴⁹, en lien avec le principe de bonne administration de la justice²⁹⁵⁰. La sécurité juridique permet ainsi de justifier des règles limitant l'accès au juge telles que la prescription²⁹⁵¹, dès lors que le droit n'est pas « atteint dans sa substance », par exemple lorsque la prescription « est opposée à un stade avancé de la procédure »²⁹⁵².

738. Illustration devant la Cour de cassation : la deuxième chambre civile. C'est la sécurité juridique qui justifie le refus par la deuxième chambre civile de procéder au contrôle de proportionnalité *in concreto* des règles de procédure²⁹⁵³. Par exemple, dans un arrêt du 2 juillet 2020 dans lequel était contesté, au regard de l'article 6 de la Convention européenne, l'article 562 du code de procédure civile, selon lequel l'effet dévolutif de l'appel n'opère que si les chefs de jugement sont indiqués dans l'acte d'appel, les juges se contentent explicitement

²⁹⁴⁶ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 783, p. 562, v. Cons. const., 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, §14 : « il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ».

²⁹⁴⁷ CEDH, 13 juin 2006, *Marckx c. Belgique*, *préc.*, §58 : « le principe de sécurité juridique » est « nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire » ; CEDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janv. 2008, n° 29787/03, §78, v. F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 132, p. 204. Cet attachement à la sécurité juridique justifie le respect par la Cour de ses propres précédents : CEDH, 20 oct. 2016, *Mursis c. Croatie*, n° 7334/13, §109 : « la Cour rappelle que, sans qu'elle soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents ».

²⁹⁴⁸ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 381, p. 600, v. CEDH, 28 oct. 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, n° 28342/95, §61. Elle ne permet pourtant pas d'interdire les revirements de jurisprudence : CEDH, 18 déc. 2008, *Unedic c. France*, n° 20153/04, §74. V. aussi X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 783, p. 561 : la sécurité juridique se trouve notamment indirectement protégée à travers l'invocation des « espérances légitimes ».

²⁹⁴⁹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 132, p. 204 ; CEDH, 18 déc. 2008, *Unedic c. France*, n° 20153/04, §64 : le Gouvernement rappelle les deux composantes de la sécurité juridique : la « dimension formelle », celle de la qualité de la norme permettant une restriction, et la « dimension temporelle », qui se manifeste par la stabilité des situations juridiques.

²⁹⁵⁰ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 385, p. 612 ; CEDH, 12 juill. 2018, *Allègre c. France*, *préc.*, §52 : « les exigences de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante. Ainsi, une évolution de la jurisprudence n'est pas, en elle-même, contraire à la bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration ».

²⁹⁵¹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 385, p. 613.

²⁹⁵² *Ibid.*, n° 385, p. 613.

²⁹⁵³ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, p. 18 : « le principe de sécurité juridique [...] impose que les "règles du jeu" gouvernant le procès soient connues des parties d'une façon suffisamment claire, précise et prévisible ».

d'un contrôle abstrait fondé sur la sécurité juridique²⁹⁵⁴. L'enjeu apparaît d'ailleurs à deux titres : dans la règle énoncée, d'une part, et dans le refus de la remettre en cause pour le cas d'espèce, d'autre part. Il se rattache à l'accessibilité et à la prévisibilité de la règle attaquée, qui justifient le maintien d'application de celle-ci²⁹⁵⁵.

739. Illustration devant la Cour de cassation : la première chambre civile. La sécurité juridique constitue un enjeu invoqué par les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation dans les litiges relatifs aux règles de filiation, où elle revêt ce double rôle d'enjeu d'intérêt général mais également de droit ou de liberté. Ainsi, dans un arrêt du 14 octobre 2020²⁹⁵⁶, la première chambre civile qualifie expressément la sécurité juridique d'enjeu d'intérêt général²⁹⁵⁷. Il était question de la remise en cause d'une adoption prononcée hors du territoire : la cour d'appel avait cependant considéré comme recevable la demande en établissement de la filiation biologique, malgré l'article 370-5 du code civil qui prévoyait que l'adoption prononcée à l'étranger produisait les mêmes effets qu'une adoption plénière, rendant irrecevable l'action en établissement d'une paternité biologique. La Cour de cassation censure la cour d'appel en considérant « qu'au regard des intérêts de [l'héritier du père prétendu], de ceux de la famille adoptive et de l'intérêt général *attaché à la sécurité juridique* et à la *stabilité des liens de filiation adoptifs*, [...] l'atteinte au droit au respect de la vie privée de [la fille prétendue] que constituait l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité ne revêtait pas un caractère disproportionné »²⁹⁵⁸. Le souci de préserver la sécurité juridique a donc une certaine importance dans le contentieux relatif à la filiation et ce, y compris dans la pratique par la première chambre civile d'un contrôle *in concreto* dans ce domaine²⁹⁵⁹.

β. La sécurité physique

740. Le double rôle de la sécurité. La sécurité, enjeu d'intérêt général fortement incarnable, revêt également la caractéristique d'être à la fois un enjeu permettant de limiter les droits et libertés et un droit fondamental. On trouve l'expression mentionnée à plusieurs reprises dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme comme enjeu permettant de

²⁹⁵⁴ Civ. 2^e, 2 juill. 2020, n° 19-16.954, §9, nous soulignons : « ces règles encadrant les conditions d'exercice du droit d'appel dans les procédures dans lesquelles l'appelant est représenté par un professionnel du droit, sont dépourvues d'ambiguïté et concourent à une bonne administration de la justice en *assurant la sécurité juridique* de cette procédure. Elles ne portent donc pas atteinte, en elles-mêmes, à la substance du droit d'accès au juge d'appel ». L'expression « en elle-même » restreint l'analyse à la conformité abstraite de la règle.

²⁹⁵⁵ V. Civ. 2^e, 19 mars 2020, n° 19-12.990, §4.

²⁹⁵⁶ Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, n° 19-15.783.

²⁹⁵⁷ *Ibid.*, §6.

²⁹⁵⁸ *Ibid.*, §6. Pour un autre exemple : Civ. 1^{re}, 2 déc. 2020, n° 19-20.979 : le délai pour constater la filiation par possession d'état fut réaffirmé sur le fondement de la sécurité juridique et de la protection des droits des tiers.

²⁹⁵⁹ V. *supra*, n° 260.

limiter les droits dotés d'une clause d'ordre public²⁹⁶⁰ et elle se décline également en droit à la sécurité, protégé notamment sur le fondement du droit à la vie²⁹⁶¹. Au sens de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'enjeu d'intérêt général de sécurité a pour corollaire une sorte de « droit à la sécurité » ou « droit à la sûreté »²⁹⁶². La Cour de cassation a déjà considéré que la sécurité était un enjeu d'une telle importance qu'elle n'avait pas besoin d'être mise en balance avec d'autres droits : c'est la raison pour laquelle elle n'imposa pas à la cour d'appel de mettre en balance le droit à la vie privée et familiale avec les règles d'urbanisme imposant la démolition d'une construction en raison d'un risque d'inondation²⁹⁶³.

γ. La santé en période « normale »

741. Le double rôle de l'enjeu sanitaire. La santé fait partie des enjeux dits « sociaux », ou « nouveaux enjeux » d'intérêt général au sens où l'entend le professeur Didier Truchet²⁹⁶⁴. Il s'agit encore d'un enjeu « individualisable »²⁹⁶⁵, et qui peut tout à la fois prendre la forme de l'intérêt général ou d'un droit individuel. Dans une décision du 13 août 2013, le Conseil constitutionnel mit en scène la santé à la fois dans son rôle d'objectif

²⁹⁶⁰ Sur les expressions « sécurité nationale », « sécurité publique », « sûreté » et « sûreté publique » (il semble que les deux expressions ne soient pas synonymes : si la première peut être entendue comme à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme le droit de ne pas être accusé et détenu hors des conditions de la loi, il semble que l'expression de « sûreté publique » soit moins précise et employée comme un synonyme de « sécurité »), « défense » et « protection » de l'ordre, « prévention des infractions pénales » et du « crime » et enfin « l'intégrité territoriale », v. *supra*, n° 110 et s.

²⁹⁶¹ F. Sudre et al., *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 303 à 305, p. 472 et s. : l'article 2 de la Convention européenne a pour conséquence indirecte une sorte de droit à la sécurité garanti par les autorités contre les « activités dangereuses », les « risques naturels », mais aussi des « obligations de prévention », contre les erreurs médicales, les risques, naturels ou non ou encore les « agissements criminels ». Sur les oppositions entre droit à la sécurité et droit à la sûreté, v. C. Lazerges, « Les droits de l'homme... », *art. préc.*

²⁹⁶² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Sûreté », p. 1008 et 1009. Bien que l'expression soit quasiment absente du bloc de constitutionnalité, le terme est présent à deux reprises dans le Préambule de la Constitution de 1946 : le texte évoque la « sécurité matérielle » à l'alinéa 11, et la nécessité, plutôt floue, d'« assurer la sécurité » des « nations et des peuples » à l'alinéa 17. La « sécurité matérielle » ne semble pas faire l'objet d'une application autonome comme objectif d'intérêt général ni comme droit ou liberté : elle apparaît principalement dans les décisions du Conseil constitutionnel dans le cadre de la reproduction *in extenso* de l'alinéa, sans définition ni commentaire particulier. Si l'expression est absente de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle se retrouve dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sous forme de protection sociale – sécurité sociale et travail.

²⁹⁶³ Civ. 3^e, 16 janv. 2020, n° 19-13.645, nous soulignons : « il existait un besoin social impérieux de préserver la *sécurité* des personnes exposées à un risque naturel d'inondation et d'éviter toute construction nouvelle ou reconstruction à l'intérieur des zones inondables soumises aux aléas les plus forts, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision d'ordonner la démolition ». V. aussi : Crim., 16 janv. 2018, n°17-81.884 : « En statuant ainsi, la cour d'appel a répondu sans insuffisance ni contradiction aux conclusions dont elle était saisie, dès lors que la disproportion manifeste entre l'atteinte à la vie privée et familiale et au domicile par rapport aux impératifs d'intérêt général des législations urbanistique et environnementale qui résulterait de la démolition, ne saurait être utilement invoquée quand la construction litigieuse est située en zone inondable avec fort aléa », v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 253, p. 264.

²⁹⁶⁴ D. Truchet, *thèse préc.*, p. 290 et 291.

²⁹⁶⁵ Expression employée par P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 138, p. 82, pour désigner les conflits de droits derrière les conflits verticaux, bien que nous contestions la rigidité de la distinction (v. *supra*, n° 243).

d'intérêt général, à travers l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique²⁹⁶⁶, et dans son aspect de droit à la santé. Par une réserve d'interprétation, le Conseil exigea que les dispositions restreignant l'accès de l'aide médicale aux personnes bénéficiaires d'un titre de séjour régulier fussent comprises « comme destinée[s] à assurer la mise en œuvre effective des principes énoncés par [le] Préambule de la Constitution de 1946 »²⁹⁶⁷, parmi lesquels figure la « protection de la santé »²⁹⁶⁸. La référence à la santé fonda également certaines restrictions aux droits et libertés devant la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁶⁹ tout en constituant aussi un droit²⁹⁷⁰, sous forme d'obligation positive²⁹⁷¹. Son invocation est rare devant la Cour de cassation²⁹⁷².

2. La valorisation à travers la qualification d'enjeu d'intérêt général d'exception : les situations d'état d'urgence

742. L'état d'urgence en droit interne. En droit interne, l'état d'urgence est prévu par l'article 16 de la Constitution de 1958²⁹⁷³. Il fut déclaré pour des raisons de sécurité en 2015

²⁹⁶⁶ Cons. const., 13 déc. 1993, n° 93-325 DC, cons. 70.

²⁹⁶⁷ *Ibid.*, cons. 127.

²⁹⁶⁸ *Ibid.*, cons. 124.

²⁹⁶⁹ Le but légitime fut en effet admis en théorie, bien que la France ait finalement été condamnée pour disproportion de la mesure : CEDH, 6 oct. 2005, *Maurice c. France*, n° 1513/03, §75 et §121 ; CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France, préc.*, §62 ; CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France, préc.*, §62. Sur un autre thème, la Cour européenne admet la limitation de la liberté d'expression pour des raisons de santé publique dans le contexte de la limitation des publicités sur le tabac : X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 565, p. 405 et 406. V. CEDH, *Société Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, 5 mars 2009, n° 13353/05, §43. Sur la liberté religieuse de l'article 9 : F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 527, p. 809 : il était question de concilier le port d'un turban et celui d'un casque de motocycliste.

²⁹⁷⁰ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 820, p. 587 : l'article 2 relatif au droit à la vie, l'article 3 prohibant les traitements inhumains et dégradants et l'article 8 sur le droit à la vie privée et familiale. Sur ce point, v. F. Sudre, « Le droit à la protection de la santé, droit "caché" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Turpin*, LGDJ, coll. « Mélanges du Centre Michel de l'Hospital », 2017, p. 645 et s.

²⁹⁷¹ X. Dupré de Boulois, *Droit des libertés fondamentales, op. cit.*, n° 820, p. 587.

²⁹⁷² On signale toutefois Civ. 1^{re}, 4 juin 2014, n° 13-16.794 : un groupement de pharmaciens se plaignait d'avoir été sanctionné pour une campagne vantant leur capacité à donner des conseils de santé malgré l'interdiction de publicité à laquelle ils sont soumis. Invoquant une violation de l'article 10 de la Convention européenne relatif à la liberté d'expression, ils furent déboutés aux motifs que : « l'interdiction de toute publicité auprès du public, faite aux groupements ou réseaux d'officine, était justifiée par un objectif de protection de la santé publique, celui de conserver une répartition géographique équilibrée des officines sur le territoire national, afin de protéger les petites officines et d'éviter de fragiliser celles qui n'appartiennent pas à un réseau fort, susceptible d'investir dans des campagnes publicitaires au profit de ses adhérents, la cour d'appel en a exactement déduit, dès lors que les articles R. 5125-26 et R. 5125-28 du code de la santé publique autorisent certaines formes de publicité par les officines prises individuellement et que les groupements mentionnés à l'article D. 5125-24-1 peuvent communiquer, dans les conditions prévues à l'article D. 5125-24-2, au bénéfice exclusif de leurs adhérents, sur des thèmes de santé publique, que cette interdiction apportait, à la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, une atteinte nécessaire et proportionnée aux objectifs poursuivis ». Ainsi que Soc., 4 févr. 2015, n° 13-20.891 pour le droit à la santé : « droit à la santé et au repos du travailleur » pour censurer une convention collective.

²⁹⁷³ Art. 16, al. 1^{er} : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République

à la suite d'attentats terroristes survenus à Paris²⁹⁷⁴. L'état d'urgence sanitaire, lié à la pandémie de la Covid-19, dont les conditions sortent des prévisions de l'article 16, fut quant à lui instauré par une loi du 23 mars 2020²⁹⁷⁵. Toutes ces dispositions prévoient des justifications d'intérêt général d'exception : la « menace grave et immédiate » des « institutions de la République », de « l'indépendance de la nation », de « l'intégrité de son territoire » ou de « l'exécution de ses engagements internationaux », pour l'article 16 de la Constitution de 1958 ; l'existence d'une « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population », pour l'article L. 3131-12, alinéa 2, du code de la santé publique.

743. L'état d'urgence et la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit des dérogations à certains droits et libertés en cas de « guerre » ou de « danger public menaçant la vie de la nation », ce qui donne sans aucun doute un « poids supérieur » à ces enjeux²⁹⁷⁶. Les dérogations doivent cependant être « strictement » proportionnées²⁹⁷⁷ : si la sécurité permet des entorses aux droits fondamentaux plus importantes que d'autres enjeux, ces entorses font toutefois l'objet d'un sévère encadrement.

744. La France connut ces dernières années deux situations d'état d'urgence, l'une sanitaire et l'autre liée à la prévention du terrorisme. L'affaiblissement de certains droits fondamentaux fut admis pour « favoriser la résistance à la menace »²⁹⁷⁸. Les intitulés des lois adoptées dans ce contexte, par exemple la loi du 22 mars 2016 « relative à la prévention et à la lutte [...] contre les atteintes à la sécurité publique [...] »²⁹⁷⁹, ou encore la loi du 30 octobre 2017 « renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme »²⁹⁸⁰, sont en ce sens éloquentes quant aux objectifs d'intérêt général poursuivis. Évidemment, les potentielles dérives

prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».

²⁹⁷⁴ <https://www.vie-publique.fr/questions-reponses/269427-etat-durgence-et-autres-regimes-dexception-article-16-etat-de-siege>.

²⁹⁷⁵ *Ibid.* ; loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, qui ajouta dans son deuxième article un article L. 3131-12 au code de la santé publique, ainsi rédigé : « L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités [...] en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ».

²⁹⁷⁶ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 327, p. 244.

²⁹⁷⁷ V. F. Doré, « État d'urgence et Convention européenne des droits de l'homme : la dérogation n'exclut pas le contrôle », *AJDA* 2018.1343, spéc. p. 1346.

²⁹⁷⁸ F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 105, p. 149.

²⁹⁷⁹ Loi n° 2016-339 du 22 mars 2016 relative à la prévention et à la lutte contre les incivilités, contre les atteintes à la sécurité publique et contre les actes terroristes dans les transports collectifs de voyageurs.

²⁹⁸⁰ Loi n° 2017-1510 du 30 oct. 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

en termes de droits fondamentaux que l'on peut craindre sur le fondement de ces enjeux, ont été dénoncées par les auteurs²⁹⁸¹.

745. Outre leur caractère très « incarnable », leur importance formelle et leur capacité à revêtir un double rôle d'enjeu d'intérêt général et de droit fondamental, la santé et la sécurité physique justifient ainsi récemment des situations d'état d'urgence fondant des restrictions de libertés, permises par la Cour européenne, qui témoignent de leur importance²⁹⁸². La prépondérance d'un enjeu d'intérêt général peut ainsi se manifester à travers sa qualification d'enjeu d'intérêt général d'exception, dont la manifestation la plus éclatante est la déclaration d'un état de droit exorbitant qui en est la conséquence. En effet, dans ce cas, l'enjeu doit être éminent au point de justifier des restrictions aux droits et libertés plus étendues qu'en période habituelle. Récemment, deux enjeux furent concernés : la santé avec l'épidémie de Covid-19 **(a)** et la sécurité en raison de la lutte contre le terrorisme **(b)**.

a. La santé, enjeu d'intérêt général incarnable justifiant l'état d'urgence

746. Santé et état d'urgence. L'intérêt de protection de la santé s'est manifesté tout particulièrement dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 à partir de mars 2020. L'article L. 3131-1 du code de la santé publique prévoyait déjà dans son premier alinéa la possibilité, « en cas de menace sanitaire grave » et en particulier d'« épidémie », d'adopter des « mesures d'urgence [...] proportionnées [...] dans *l'intérêt de la santé publique* »²⁹⁸³. L'enjeu d'intérêt général de santé publique permet donc de mettre en place un état d'urgence de nature à limiter les libertés, et ce de manière « proportionnée aux risques » et « appropriée aux circonstances de temps et de lieu ». Pour contrôler les atteintes, le Conseil d'État procéda à un contrôle de proportionnalité constitué par les trois étapes classiques de raisonnement : « les mesures » notamment pour limiter « la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercer une profession » devaient « être *nécessaires, adaptées et proportionnées* à

²⁹⁸¹ C. Lazerges, « Les droits de l'homme... », *art. préc.* ; F. Doré, « État d'urgence... », *art. préc.* ; J.-P. Marguénaud, « La régression des garanties procédurales conventionnelles face aux exigences de lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017.130 ; S. Hennette-Vaucher, « La France sous état d'urgence (14 nov. 2015-1^{er} nov. 2017) », *RTDH* 2018.347.

²⁹⁸² S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 372, p. 244.

²⁹⁸³ Nous soulignons. Pour le texte exact du 1^{er} alinéa de l'article : « en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans *l'intérêt de la santé publique* toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population. Le ministre peut également prendre de telles mesures après la fin de l'état d'urgence sanitaire prévu au chapitre I^{er} bis du présent titre, afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire » (nous soulignons).

l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent »²⁹⁸⁴. Cependant, une certaine latitude était laissée aux autorités chargées de limiter les droits et libertés : le Conseil d'État se contentait alors de vérifier que les mesures prises « ne présentaient pas, à la date à laquelle elles ont été édictées et au regard de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi, un caractère disproportionné, *malgré la gravité de l'atteinte* portée à la liberté d'aller et venir, à la liberté du commerce et de l'industrie, à la liberté d'entreprendre » ainsi qu'« au droit de propriété »²⁹⁸⁵. Le contrôle, bien que détaillé, prenait en compte les circonstances exceptionnelles en admettant sans doute des limitations de liberté plus importantes qu'en situation ordinaire. Toutefois, bien que prépondérant en particulier dans ce contexte, l'objectif de protection de la santé publique ne justifia pas toutes les restrictions : certaines mesures étatiques furent ainsi censurées, telles que « la mise en bière immédiate pour les personnes ayant succombé au virus, sans toilette mortuaire, ni possibilité pour les proches de voir le défunt »²⁹⁸⁶. Le contrôle du respect des droits et libertés n'était par conséquent pas seulement formel.

747. L'état d'urgence sanitaire : la compétence du législateur réaffirmée par le Conseil constitutionnel. Outre les restrictions de libertés qu'il permet, l'état d'urgence entraîne sans doute un contrôle moindre de l'action législative. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, affirma, dans le cadre de la contestation de la loi mettant en place ce que l'on a appelé le « passe

²⁹⁸⁴ CE, 10^e et 9^e ch. réunies, 22 déc. 2020, n° 439804, §4, nous soulignons.

²⁹⁸⁵ *Ibid.*, §12.

²⁹⁸⁶ *Ibid.*, §21 : le Conseil d'État accepte ainsi d'annuler le premier article du décret du 1^{er} avril 2020 qui prévoyait la mise en bière immédiate pour les personnes ayant succombé au virus, sans toilette mortuaire, ni possibilité pour les proches de voir le défunt en estimant que la décision du gouvernement, plus stricte que les recommandations du Haut conseil de la santé publique, « n'a apporté, dans le cadre de la présente instance, aucun élément de nature à justifier de la nécessité d'imposer de façon générale et absolue, à la date où elles ont été édictées, les restrictions prévues par les dispositions attaquées. Le moyen tiré de ce que ces dispositions, en raison de leur caractère général et absolu, portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit à une vie privée et familiale normale doit, dès lors, être accueilli ». De même, pour par une ordonnance du 25 mars 2020, l'utilisation d'un « moyen de communication audiovisuelle » – autrement dit de la visioconférence – pour les audiences pénales et ce « sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord des parties » (ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, article 5), le requérant soutenait qu'il en résulterait « une atteinte aux droits de la défense que les objectifs de bonne administration de la justice et de protection de la santé publique ne pourraient suffire à justifier ». Après avoir rappelé l'objectif de ces mesures, qui « visent à favoriser la continuité de l'activité des juridictions pénales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 » et qui « poursuivent ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuent à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice », le Conseil conclut qu'« eu égard à l'importance de la garantie qui peut s'attacher à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction pénale, notamment dans les cas énoncés au paragraphe 8, et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, ces dispositions portent une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de Covid-19 durant leur période d'application. Elles doivent donc être déclarées contraires à la Constitution » (Cons. const., 15 janv. 2021, n° 2020-872 QPC, cons. 2, 7 et 10).

sanitaire »²⁹⁸⁷, qu'il ne lui appartenait pas d'empiéter sur le pouvoir d'appréciation du législateur : « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel [...] de remettre en cause l'appréciation par le législateur de ce risque ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que [...] ni cette appréciation, ni les modalités retenues par la loi, qui impose de mettre fin aux mesures qu'elle permet dès qu'elles ne sont plus nécessaires, ne sont pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquates au regard de l'objectif poursuivi et de la situation présente »²⁹⁸⁸. Le Conseil s'en tient donc dans ce domaine, malgré les circonstances, à une appréciation limitée au manifeste. Les circonstances et l'importance de l'enjeu d'intérêt général d'exception entraînent une plus grande latitude pour le législateur.

748. La santé en état d'urgence comme motif impérieux d'intérêt général : la double valorisation formelle. La santé publique, en période d'état d'urgence sanitaire, constitue, selon le Conseil constitutionnel, un « motif impérieux d'intérêt général »²⁹⁸⁹ en ce que « le législateur a entendu éviter que la tenue du deuxième tour de scrutin initialement prévu le 22 mars 2020 et la campagne électorale qui devait le précéder ne contribuent à la propagation de l'épidémie de Covid-19, dans un contexte sanitaire ayant donné lieu à des mesures de confinement de la population »²⁹⁹⁰. D'habitude mobilisée dans le contexte d'adoption de lois à effet rétroactif, il est intéressant de noter que la notion de « motif impérieux d'intérêt général » sert ici à répondre au grief de « méconnaissance du droit de suffrage, du principe de sincérité du scrutin ou de l'égalité devant le suffrage »²⁹⁹¹.

b. La sécurité, enjeu d'intérêt général incarnable justifiant l'état d'urgence

749. Sécurité et état d'urgence. L'intérêt général de sécurité prit une ampleur particulière dans le contexte de l'état d'urgence. Cependant, elle n'est pas de nature à justifier toutes les restrictions de liberté. Une question prioritaire de constitutionnalité fut soumise au Conseil sur la possibilité, dans le cadre de l'état d'urgence fondé sur l'article 5 de la loi du 3 avril 1955, de mettre en place des « zones de protection et de sécurité dans lesquelles les déplacements des personnes et des véhicules peuvent être limités ou interdits »²⁹⁹². En ne posant

²⁹⁸⁷ Loi n° 2022-46 du 22 janv. 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique.

²⁹⁸⁸ Cons. const., 21 janv. 2022, n° 2022-835 DC, cons. 14.

²⁹⁸⁹ Cons. const., 17 juin 2020, n° 2020-849 QPC, cons. 22.

²⁹⁹⁰ *Ibid.*, cons. 22.

²⁹⁹¹ *Ibid.*, cons. 21.

²⁹⁹² Cons. const., 11 janv. 2018, n° 2017-684 QPC, cons. 2.

pas des conditions suffisamment précises à l'instauration de ces zones²⁹⁹³, « le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir »²⁹⁹⁴. Ainsi, la simple référence à la sécurité ne suffit pas pour le Conseil constitutionnel, il exige l'encadrement des mesures afin de respecter les libertés. Ici encore, le contrôle n'est pas uniquement formel.

750. La préférence des juges pour les intérêts incarnables n'est pas seulement visible dans la valorisation formelle de certains enjeux collectifs susceptibles de revêtir une composante individuelle. Il arrive également que la mise en balance de l'intérêt général soit remplacée par celle d'un intérêt incarné, comme ayant une plus forte valeur rhétorique face à l'invocation d'un droit fondamental.

B. La suprématie de l'intérêt particulier déguisé en intérêt général

751. Bien qu'il ne semble pas remporter un franc succès en jurisprudence, l'intérêt général peut ainsi être utilisé pour valoriser les droits fondamentaux. Paradoxalement, son faible succès jurisprudentiel ne résiste pas à l'hypothèse de la protection de l'intérêt particulier. Il arrive par conséquent que les intérêts particuliers revêtent l'apparence de l'intérêt général afin d'augmenter leur force rhétorique. C'est en quelque sorte le cas de l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public contractuel²⁹⁹⁵.

752. L'intérêt particulier, revêtu des atours de l'intérêt général, s'avère extrêmement puissant devant les juges : c'est notamment le cas du critère du « débat d'intérêt général » permettant de protéger la liberté d'expression **(1)**. Cette prise en compte de l'intérêt général face aux intérêts particuliers peut parfois entraîner un déplacement des notions qui conduit à protéger l'intérêt particulier au moyen des mécanismes de l'intérêt général : c'est notamment le cas de la notion d'intérêt de l'enfant. Cette dernière, à l'origine exclusivement employée comme standard au service de l'application de la loi, semble s'individualiser et prendre son indépendance vis-à-vis de la loi sous l'influence des droits fondamentaux²⁹⁹⁶ **(2)**. La force symbolique rhétorique de la notion explique sans doute ces phénomènes.

²⁹⁹³ Cons. const., 11 janv. 2018, n° 2017-684 QPC, cons. 4 et 5.

²⁹⁹⁴ *Ibid.*, cons. 6.

²⁹⁹⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 639 et s.

²⁹⁹⁶ M. Fabre-Magnan, *L'intérêt de l'enfant est-il toujours compatible avec le droit ?*, émission radio « Du Grain à moudre », France Culture, 2 juin 2015, env. 6'47.

1. La protection de la liberté d'expression à travers le débat d'intérêt général

753. Il arrive que, dans un litige mettant en cause deux intérêts particuliers, le juge se trouve en situation de « parer un intérêt particulier des vertus de l'intérêt général »²⁹⁹⁷. C'est notamment le cas du « débat d'intérêt général », qui sert aujourd'hui de rempart à la liberté d'expression. Il s'agit en réalité d'une manifestation trompeuse de l'intérêt général au service de l'intérêt particulier soutenu par la liberté d'expression (a), dont la force est telle qu'on accepte de la mettre en balance avec le droit de propriété, pourtant souvent considéré comme « absolu » (b).

a. Le débat d'intérêt général : une fausse manifestation de l'intérêt général au service de la liberté d'expression

754. Avec le développement des droits fondamentaux, certains intérêts particuliers revêtent les atours de l'intérêt général²⁹⁹⁸. Il s'agit principalement de cas dans lesquels seuls des intérêts particuliers étaient en conflit, l'exemple caractéristique étant l'opposition entre la liberté d'expression et la vie privée.

755. La puissance du « débat d'intérêt général » comme défenseur de la liberté d'expression. Le « débat d'intérêt général » constitue tout autant une limite à la vie privée²⁹⁹⁹ qu'au droit à l'image³⁰⁰⁰. Bien que déjà connu dans le domaine du droit encadrant la diffusion d'informations au sens large, en particulier en droit pénal³⁰⁰¹, il connaît un essor sans précédent³⁰⁰². Abandonnant le critère « traditionnel » de distinction entre la « vie privée » et la « vie publique », lié à la notoriété et au lieu de captation des informations³⁰⁰³, les juges se réfèrent désormais au « débat d'intérêt général », parfois accompagné de quelques autres

²⁹⁹⁷ J.-P. Marguénaud, « Conclusions générales », in *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goessel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 119 et s., spéc. p 124.

²⁹⁹⁸ J.-P. Marguénaud, « Conclusions générales », *art. préc.*, spéc. p 124.

²⁹⁹⁹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 548, p. 843 et 844.

³⁰⁰⁰ *Ibid.*, n° 474, p. 735 et s. ; Civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 15-28.813, v. not. G. Loiseau, « Caméra cachée : le droit à l'image escamoté », *Légipresse* 2017.256, n° 1.

³⁰⁰¹ C. Bigot, « L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan », *Légipresse* 2015.31, v. Crim., 7 juin 2011, n° 10-85179, dans lequel « l'intérêt public » vient tempérer « le délit de provocation à la discrimination ou à la haine raciale ». Il donne en outre d'autres exemples. V. aussi J.-Y. Monfort, « L'apparition en jurisprudence du critère du "débat d'intérêt général" dans le droit de la diffamation », *Légipresse* 2012.21.

³⁰⁰² C. Bigot, « L'utilisation du critère de l'intérêt général... », *art. préc.*

³⁰⁰³ P. Malaurie et N. Peterka, *Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, coll. « Droit civil », 11^e éd., 2020, n° 183, p. 179 et 180.

critères³⁰⁰⁴ sous réserve du respect de la dignité de la personne³⁰⁰⁵. Devant la Cour de cassation, l'apparition de la notion est relativement récente : elle date d'un arrêt de 2006³⁰⁰⁶. Critère puissant et unique en l'espèce, l'existence d'un « débat d'intérêt général » s'impose ainsi peu à peu comme le rempart de la liberté d'expression, voire l'élément « décisif »³⁰⁰⁷. Laisant une grande liberté au juge³⁰⁰⁸, et par conséquent une très grande latitude à la liberté d'expression, en particulier de la presse, « le juge européen tend à galvauder la notion de “débat d'intérêt général” »³⁰⁰⁹. La protection accrue de la liberté d'expression s'explique par la prise en compte globale de ses composantes « active » et « passive », droit de recevoir et d'avoir accès aux informations, mais également d'en émettre³⁰¹⁰. Étroitement liée au « droit d'être informé »³⁰¹¹, la conception large de la liberté d'expression peut ainsi être de nature à « neutraliser les infractions de presse »³⁰¹². L'importance de la liberté rejoint la logique de la Cour européenne qui estime qu'elle constitue le « chien de garde de la démocratie »³⁰¹³.

756. Un intérêt particulier déguisé en intérêt général. « Parée »³⁰¹⁴ du « débat d'intérêt général », la liberté d'expression trouve une force toute particulière³⁰¹⁵. Cependant, l'expression est trompeuse et la référence à l'intérêt général n'est que formelle : la loi n'est

³⁰⁰⁴ Pour l'atteinte à la vie privée, des arrêts récents énuméraient les critères suivants : « la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies » (Civ. 1^{re}, 8 déc. 2021, n° 20-13.560, §4 ; Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 16-28.741), v. A.-M. Leroyer, « Vie privée et liberté d'expression : exercice pratique de mise en balance », *RTD civ.* 2022.106.

³⁰⁰⁵ P. Malaurie et N. Peterka, *Droit des personnes...*, *op. cit.*, n° 184, p. 181. V. par ex. Civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 15-28.813, précité, v. *supra*, n° 483, qui mettait en cause la liberté d'expression des journalistes face au droit à la protection de l'honneur et de la réputation d'un médecin qui avait été filmé à son insu pour un reportage et qui était reconnaissable malgré les précautions d'anonymisation, les juges font référence dans le visa aux articles 9 et 16 du code civil et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ; nulle mention n'est faite de l'article 8 de la Convention, pourtant également applicable, comme pour montrer la supériorité, au moins en termes de hiérarchie des normes, de la liberté d'expression en l'espèce. La seule limite en l'espèce était celle de l'atteinte à la dignité.

³⁰⁰⁶ C. Bigot, « L'utilisation du critère de l'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 33 : le situe dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, n° 04-16.706 pour sa première apparition explicite (les juges avaient ainsi estimé, concernant la divulgation de l'appartenance de personnes à des réseaux de franc-maçonnerie, que « le contexte général de la publication était la mise au jour, légitime dans une société démocratique, de réseaux d'influence, et que l'appartenance à la franc-maçonnerie suppose un engagement, de sorte que la révélation litigieuse, qui s'inscrivait dans le contexte d'une actualité judiciaire, était justifiée par l'information du public sur un débat d'intérêt général ») mais on estime que des traces de ce critères émergeaient déjà dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 9 juill. 2003, n° 00-20.289.

³⁰⁰⁷ C. Bigot, « L'utilisation du critère de l'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 32.

³⁰⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁰⁹ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 474, p. 736.

³⁰¹⁰ C. Bigot, « L'utilisation du critère de l'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 33.

³⁰¹¹ *Ibid.* V. aussi B. Teyssié, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 236, p. 172.

³⁰¹² L. François, « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », *Légipresse* 2014.339.

³⁰¹³ V. not. CEDH, 18 mai 2004, *Plon c. France, préc.*, §43.

³⁰¹⁴ J.-P. Marguénaud, « Conclusions générales », *art. préc.*, spéc. p. 124.

³⁰¹⁵ B. Ubushieva, *thèse préc.*, n° 526, p. 310.

aucunement présente dans le débat et c'est principalement de la manifestation d'un intérêt particulier porté par une liberté fondamentale qu'il s'agit³⁰¹⁶. En effet, l'intérêt protégé par le « débat d'intérêt général » n'est pas uniquement un intérêt public³⁰¹⁷, ni nécessairement un intérêt collectif. Il a notamment pour rôle de manifester l'importance de la liberté de la presse³⁰¹⁸, qui relève de l'intérêt général dans son rôle de gardienne de la démocratie³⁰¹⁹. Ce renforcement des manifestations de l'intérêt général dans le débat n'est que de façade. Le nouveau critère révèle une prise en compte renouvelée de la liberté d'expression face au droit à la vie privée et au droit à l'image. Cette intrusion de l'intérêt général là où sont principalement en cause deux intérêts particuliers est en réalité caractéristique des litiges devant la Cour européenne, qui mettent nécessairement en scène un conflit avec l'État³⁰²⁰. Au moyen d'une expression laissant penser qu'il s'agit de la mise en œuvre de l'intérêt général, l'intérêt particulier porté par la liberté d'expression s'exprime pleinement, avec une limite aussi lointaine que difficile à prouver et à mettre en œuvre : l'atteinte à la dignité humaine. La liberté de celui qui diffuse les images ou tient les propos litigieux se trouve ainsi drapée dans le droit de réception des informations à travers l'intérêt des citoyens – commodément non défini – à y avoir accès³⁰²¹. Tout se passe comme si d'autres intérêts, tels que la composante commerciale de l'intérêt des journalistes, n'étaient pas pris en compte : seul leur droit de diffuser les informations apparaît visiblement.

757. La position paradoxale du débat d'intérêt général par rapport à la limite d'intérêt général. Dans cette situation, le droit au respect de la vie privée est de fait moins protégé que la liberté d'expression³⁰²², ce qui a pour effet de donner une préférence automatique à un droit dans une situation pourtant d'équivalence formelle des droits³⁰²³. L'hégémonie du « débat d'intérêt général » est d'autant plus surprenante que la limite d'intérêt général est habituellement traitée comme une exception face à l'exercice du droit fondamental³⁰²⁴. Il s'agit

³⁰¹⁶ Sur la proximité entre droits et intérêts, précédemment évoquée, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 67 et s., p. 41 et s.

³⁰¹⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 548, p. 843 et 845 ; C. Dubois, « L'article 10... », *art. préc.*, spéc. p. 64, v. J. Carbonnier, *Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, PUF, coll. « Thémis droit privé », 2004, n° 141, p. 265 pour le qualifieur d'« axiome passe-partout ».

³⁰¹⁸ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 98, p. 60.

³⁰¹⁹ CEDH, 18 mai 2004, *Plon c. France*, *préc.*, §43 : « La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve ainsi circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de "chien de garde" ».

³⁰²⁰ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 103, p. 63 et 64.

³⁰²¹ *Contra* : pour un constat identique mais une conclusion inverse, celle du renforcement de l'intérêt particulier au moyen de l'intérêt général dans ce type de litige, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 96, p. 56 et n° 98, p. 58.

³⁰²² P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 98, p. 58 et s.

³⁰²³ *Ibid.*

³⁰²⁴ *Ibid.*, n° 98, p. 60.

d'un cas de déséquilibre dans un conflit de droits fondamentaux inversé par rapport à celui précédemment décrit : dans la première situation, l'intérêt général concret qui coïncide avec l'intérêt étatique est moins bien protégé en raison de son statut d'exception ; dans le second, l'intérêt général sert de masque à un intérêt particulier et permet de le placer dans un rapport hiérarchique par rapport à un droit concurrent dont il devrait être équivalent.

758. Le droit à la vie privée implicitement positionné comme une limite d'intérêt général à la liberté d'expression. Malgré la protection de la liberté d'expression derrière le « débat d'intérêt général », il semble que la limite d'intérêt général soit au contraire constituée par la vie privée comme limite à la liberté d'expression au sens du mécanisme de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Avant l'intervention des articles de la Convention, il semble que le conflit entre ces deux droits était perçu comme égalitaire par les juges internes. Autrefois, il se réglait par la mise en œuvre de l'article 9 du code civil comme limite à la liberté d'expression, cette dernière n'ayant pas d'expression textuelle³⁰²⁵. Les arrêts étaient d'ailleurs rendus au seul visa de l'article 9 du code civil³⁰²⁶. Toutefois, à la différence de la plupart des cas d'opposition entre le droit fondamental et la loi qui le limite, le conflit n'était pas précisément tranché par avance : on laissait au juge le soin de déterminer, selon les éléments du litige, quelle liberté devait l'emporter. L'intérêt général résidait équitablement dans la protection de chaque liberté, ainsi que dans l'équilibre que les tribunaux devaient trouver entre les deux. Le juge ne statuait toutefois pas au hasard : la jurisprudence dépendait de nombreux critères allant de la nature de l'information, de la situation de la personne concernée, au lieu et au contexte de captation dans le cas du droit à l'image³⁰²⁷. Avec la montée en puissance des droits et libertés issus de la Convention européenne des droits de l'homme, le conflit se trouva reformulé au moyen des droits et libertés : d'un conflit entre la liberté d'expression protégée sans texte et l'article 9 du code civil, on passa à une opposition entre l'article 9 du code civil et l'article 10 de la Convention européenne, qui a une force hiérarchique supérieure³⁰²⁸. En outre, en tant que limite légale à l'exercice d'un droit conventionnel, l'article 9 se trouve nécessairement dans une position défavorable d'exception face au principe.

³⁰²⁵ Qui s'est finalement détaché de toute référence à la responsabilité civile : J.-P. Gridel, « La protection de la vie privée, rupture ou continuité ? », *Gaz Pal.* 2007.4. Auparavant, les conflits se réglaient en référé et avec la responsabilité civile de droit commun : C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2020, n° 431.11, p. 524.

³⁰²⁶ V. par ex. Civ. 2^e, 8 juill. 1981, n° 80-12.286 et 80-13.079 rendu au seul visa de l'article 9 du code civil.

³⁰²⁷ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 474, p. 735 et 736.

³⁰²⁸ Monsieur Mustapha Afroukh explique cela par la manière dont le litige était présenté devant la Cour européenne : le droit du requérant était porté par l'article 10 relatif à la liberté d'expression, ce qui expliqua dans un premier temps l'absence de l'article 8 dans le débat puisque le droit à la vie privée se confondait avec l'ingérence étatique reprochée sur le fondement de l'article 10 : M. Afroukh, *thèse préc.*, p. 451 et 452.

On eut alors le choix entre deux formulations du conflit. La première était de considérer que la vie privée constituait une réserve d'intérêt général à la liberté d'expression, conformément au second paragraphe de l'article – la « protection de la vie privée et de la réputation » – et il s'agissait alors, au sens de la Convention, d'une exception à l'exercice de la liberté, d'interprétation stricte. La seconde était d'estimer que la vie privée était portée par l'article 8 de la Convention, et de raisonner comme en matière de conflit de libertés³⁰²⁹. La Cour de cassation adopta une position intermédiaire : tout en protégeant la vie privée au moyen de l'article 8³⁰³⁰ et en affirmant rechercher l'intérêt « le plus légitime »³⁰³¹, les juges font de la vie privée l'exception de la liberté d'expression : « Selon son article 10, toute personne a droit à la liberté d'expression mais son exercice peut être soumis à certaines restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, notamment à la protection de la réputation ou des droits d'autrui »³⁰³². Le critère du « débat d'intérêt général » semble en outre demeurer « prépondérant »³⁰³³.

759. Nécessité d'un véritable rééquilibrage du conflit. La limite de la « protection des droits et libertés d'autrui » n'existe pas à l'article 10 ; c'est le seul article doté d'une clause d'ordre public qui ne la mentionne pas. L'article prévoit simplement, dans ce registre, la possibilité de limiter la liberté d'expression par « la protection de la réputation ou des droits d'autrui ». On a pu affirmer que l'invocation de l'article 8 à travers cette limite permettrait de rééquilibrer le conflit de droits entre la liberté d'expression et la vie privée en les plaçant dans

³⁰²⁹ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 113, p. 114.

³⁰³⁰ La Cour EDH exige dans ce domaine que soient étudiés un certain nombre de critères : O. Martelly, « L'indifférenciation progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droits », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Droit et justice, Limal, coll. « Anthemis », n° 109, 2014, p. 202 et s., spéc. p. 221. V. CEDH, 7 févr. 2012, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 40660/08 et 60641/08, §108 et s.

³⁰³¹ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2021, n° 20-13.560, §4 ; Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 16-28.741), v. A.-M. Leroyer, « Vie privée et liberté d'expression... », *art. préc.*

³⁰³² Civ. 1^{re}, 17 févr. 2021, n° 19-24.780 (sur cet arrêt, v. A.-M. Leroyer, « La protection de la vie privée gagnerait-elle du terrain sur la liberté d'expression ? », *RTD civ.* 2021.383), nous soulignons : « §4. Selon l'article 8 de cette convention, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale. Si ce texte ne peut être invoqué pour se plaindre d'une atteinte à la réputation qui résulterait de manière prévisible des propres actions de la personne, telle une infraction pénale, la mention dans une publication des condamnations pénales dont une personne a fait l'objet, y compris à l'occasion de son activité professionnelle, porte atteinte à son droit au respect dû à sa vie privée [...]. §5. Selon son article 10, toute personne a droit à la liberté d'expression mais son exercice peut être soumis à certaines restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, notamment à la protection de la réputation ou des droits d'autrui. §6. Le droit au respect de la vie privée, également protégé par l'article 9 du code civil, et le droit à la liberté d'expression ayant la même valeur normative, il appartient au juge saisi de mettre ces droits en balance en fonction des intérêts en jeu et de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime » (la protection de la vie privée est donc également invoquée sous forme législative). Pour un raisonnement similaire, v. Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605, §8 et 9.

³⁰³³ A.-M. Leroyer, « Vie privée et liberté d'expression... », *art. préc.*, *in fine*.

une situation d'égalité hiérarchique³⁰³⁴, notamment en faisant de la protection de la vie privée une obligation positive³⁰³⁵. Cependant, le propos est à nuancer en ce que, dans cette présentation, la vie privée n'est tout de même protégée qu'en tant que *restriction* à l'article 10, et par conséquent, comme une *exception* d'interprétation stricte face au *principe* de respect de la liberté d'expression³⁰³⁶. Le rééquilibrage par l'invocation de l'article 8 n'est par conséquent que partiellement efficace. La véritable harmonisation du conflit consisterait par conséquent à le « réciproquer » : il suffirait pour cela de considérer que si l'article 8 constitue une exception à l'article 10 à travers « la protection de la réputation ou des droits d'autrui », lui-même constitue réciproquement une exception à l'article 8 à travers la limite de « la protection des droits et libertés d'autrui ». Le conflit serait ainsi parfaitement équitable d'un point de vue formel et substantiel, chaque liberté étant véritablement traitée comme une limite de l'autre. La pesée des intérêts au cas par cas par le juge serait alors plus égalitaire et permettrait de donner à chaque intérêt sa place dans le litige. Il s'agirait finalement d'une véritable recherche de l'intérêt « le plus légitime », conformément à la jurisprudence³⁰³⁷.

760. La dignité refusée comme limite au « débat d'intérêt général » : un renforcement supplémentaire de la notion ? D'un concept de nature plutôt philosophique et « métajuridique », « la dignité est [...] devenue une notion juridique opératoire, que l'on peut invoquer désormais devant les tribunaux »³⁰³⁸. Elle fut particulièrement utilisée comme limite, appréciée très strictement³⁰³⁹, de la liberté d'expression, et en particulier pour défendre le droit

³⁰³⁴ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 292 et s., p. 181 et s. ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 117, p. 120 et n° 273, p. 282 et 283.

³⁰³⁵ CEDH, 7 févr. 2012, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 40660/08 et 60641/08, §98 ; F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 461, p. 720.

³⁰³⁶ *Contra* V. Fourment, *thèse préc.*, n° 117 et 118, p. 120

³⁰³⁷ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2021, n° 20-13.560, §4 ; Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 16-28.741, v. A.-M. Leroyer, « Vie privée et liberté d'expression... », *art. préc.*

³⁰³⁸ M. Fabre-Magnan, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits* 2013/2, n° 58, p. 167 et s., n° 5. V. aussi : *La dignité aujourd'hui*, A.-M. Dillens et B. Van Meenen (dir.), Bruxelles, Publications fac. univ. Saint-Louis, 2007 et en particulier M. Fabre-Magnan, « La dignité en droit : un axiome », *RIEJ* 2007.1. Sur la dignité comme clé de lecture des droits fondamentaux, v. E. Ripoché, *thèse préc.*, p. 513 à 527, p. 301 à 307 ; E. Fragu, *thèse préc.*, p. 315 à 376 et F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 127, p. 195 et 196. Sur la « subjectivisation » de la dignité qui conduit à la relativisation de son importance, v. N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et T. Revet (dir.), Economica, 1999, p. 107 et s., n° 25 et s., p. 127 et s. ; D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel... », *art. préc.*, n° 48. Sur le « droit à » la dignité : M. Fabre-Magnan, « Le statut juridique du principe de dignité », *art. préc.*, n° 9, 11 et 12 ; D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel... », *art. préc.*, n° 48, décisions Cons. const., 19 nov. 2009, n° 2009-593 DC, cons. 3 et Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC, cons. 6, où la dignité est expressément qualifiée de « droit ».

³⁰³⁹ Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 98-23.471 : sur la victime d'un attentat photographié, la Cour de cassation estima que « la photographie était dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence et qu'ainsi, elle ne portait pas atteinte à la dignité de la personne représentée » ; Civ. 2^e, 4 nov. 2004, n° 03-15.397 : sur la victime d'un accident de la route, elle considéra que « le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine,

à l'image, dans le cas d'illustration d'évènements d'actualité³⁰⁴⁰. Elle constitue en effet l'une des seules limites acceptables à la liberté d'expression, dès lors qu'est caractérisé un « débat d'intérêt général », pour protéger l'image, l'honneur et la réputation de la personne³⁰⁴¹. Toutefois, un arrêt d'Assemblée plénière du 25 octobre 2019 sembla limiter la place de la dignité comme limite à la liberté d'expression en lui refusant justement le statut de limite d'intérêt général à l'article 10 : « la dignité de la personne humaine ne figure pas, en tant que telle, au nombre des buts légitimes énumérés à l'article 10§2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁰⁴², car, « si elle est de l'essence de la Convention [...], elle ne saurait être érigée en fondement autonome des restrictions à la liberté d'expression »³⁰⁴³. Par conséquent, la dignité ne constitue pas une limite d'intérêt général au sens de la clause d'ordre public de l'article 10 de la Convention ; il convient alors de réaliser la balance des intérêts avec le droit à la vie privée qui peut constituer une limite légitime à travers l'atteinte à l'honneur et à la réputation de la personne³⁰⁴⁴. Le premier arrêt de cassation, rendu par la chambre criminelle le 20 septembre 2016, invitait les juges du fond à rechercher si l'injure ne portait pas atteinte à la dignité de la personne ; la cour d'appel de renvoi avait résisté en écartant toute atteinte à la dignité³⁰⁴⁵. Certains auteurs y voient un revirement complet quant à la place de la dignité³⁰⁴⁶. D'autres décrivent une solution prévisible destinée à mettre fin à l'instrumentalisation de la dignité³⁰⁴⁷ : les droits de la personne pourraient être défendus par d'autres moyens, tels que l'atteinte à l'honneur et à la réputation³⁰⁴⁸, rattachables à une vision

la cour d'appel, qui n'a pas recherché si l'information des lecteurs justifiait la publication de la photographie litigieuse, ni caractérisé l'atteinte portée par celle-ci à la dignité de la victime ».

³⁰⁴⁰ V. par ex. Civ. 1^{re}, 20 déc. 2000, n° 98-13.875 : « la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio, la cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne que de l'article 16 du code civil ».

³⁰⁴¹ V. *supra*, n° 483, et en particulier Civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 15-28.813.

³⁰⁴² Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605, §12.

³⁰⁴³ *Ibid.*, §13.

³⁰⁴⁴ M. Afroukh et J.-P. Marguénaud, « La dignité reléguée en deuxième division », *D.* 2020.195.

³⁰⁴⁵ Crim., 20 sept. 2016, n° 15-82.942, v. F. Desportes, avis sur Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605, p. 29.

³⁰⁴⁶ E. Raschel, « La liberté d'expression ne s'arrête plus là où commence la dignité d'autrui (À propos de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 25 octobre 2019) », *CCE* 2020.4, n° 26 ; G. Lécuyer, « La dignité de la personne humaine dissoute dans l'injure », *Légipresse* 2019.681 : parle de la « déformalisation » des limites de la liberté d'expression : « Plus aucune valeur sociale ne semble pouvoir se dresser devant la liberté d'expression avec la certitude de pouvoir réussir le test de proportionnalité ». *Contra* E. Dreyer, *J.-Cl. Comm.*, « Fasc. 40 : Image des personnes », oct. 2021, n° 40 ; A. Marais, *Droit des personnes*, Dalloz, coll. « Le cours Dalloz », 4^e éd., 2021, n° 341, p. 271.

³⁰⁴⁷ D. Mazeaud et A.-M. Leroyer, « La dignité n'est pas un concept à tout faire », *RTD civ.* 2020.78 ; A. Marais, *Droit des personnes*, *op. cit.*, n° 341, p. 272.

³⁰⁴⁸ D. Mazeaud et A.-M. Leroyer, « La dignité... », *art. préc.*

subjective de la dignité³⁰⁴⁹, qui pourrait donc être mise en balance dans le cadre d'un contrôle *in concreto*³⁰⁵⁰. Tout se passe comme si finalement, la Cour de cassation refusait la dignité en tant que limite objective absolue et admettait à la place la mise en balance entre le droit à l'honneur et à la réputation et la liberté d'expression³⁰⁵¹. La dignité dont l'application est ici refusée est la dignité « objective », dans sa composante « ontologique »³⁰⁵² ; la dignité de l'ensemble de l'humanité n'étant pas en cause³⁰⁵³. Elle ne peut donc plus faire obstacle au contrôle de proportionnalité³⁰⁵⁴.

761. Toutefois, bien que l'arrêt ait été rendu dans le cadre très particulier de l'injure et sans doute avec le dessein d'éviter que la simple invocation de la dignité n'empêche tout contrôle de proportionnalité³⁰⁵⁵, le caractère « général »³⁰⁵⁶ de la solution de 2019 laisse songeur. En affirmant dans la solution que : « La dignité de la personne humaine ne figure pas, en tant que telle, au nombre des buts légitimes énumérés à l'article 10§2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁰⁵⁷, la Cour de cassation ne veut-elle pas tout simplement refuser la dignité comme limite à la liberté d'expression ? La dignité peut-elle toujours constituer un rempart à la liberté de la presse en matière de débat d'intérêt général ? Les suites de l'arrêt sont incertaines ; d'autant qu'en 2019, le débat d'intérêt général n'avait pas été qualifié³⁰⁵⁸. La solution doit-elle être étendue en matière de « débat d'intérêt général » ? S'agit-il d'une nouvelle atteinte à la protection du droit à l'image, à l'honneur et à la réputation ou, au contraire, une réhabilitation de cette réserve indépendamment de celle de la dignité, lointaine³⁰⁵⁹ et « floue »³⁰⁶⁰ ?

³⁰⁴⁹ B. Teyssié et N. Anciaux, « Chronique de droit des personnes », *JCP G* 2020.1025 ; A. Marais, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 341, p. 272. Ainsi que le signalent l'avis et le rapport annexés à l'arrêt, les auteurs semblent d'ailleurs s'accorder pour dire que l'atteinte subjective à la dignité de la personne visée fait partie de la définition même de l'injure : v. F. Desportes, *avis préc.*, p. 29 et L. Jacques, rapport sur Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605, p. 16 et aussi, E. Dreyer, « Droit de la presse », *D.* 2017.181.

³⁰⁵⁰ M. Afroukh et J.-P. Marguénaud, « La dignité reléguée en deuxième division », *art. préc.*

³⁰⁵¹ *Ibid.*

³⁰⁵² D. Mazeaud et A.-M. Leroyer, « La dignité... », *art. préc.* ; A. Marais, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 341, p. 272. L'avis de l'avocat général va d'ailleurs dans ce sens, v. F. Desportes, *avis préc.*, p. 41 et 42.

³⁰⁵³ D. Mazeaud et A.-M. Leroyer, « La dignité... », *art. préc.* ; A. Marais, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 341, p. 272. En déduisant une régression du « droit à » la dignité, v. M. Afroukh et J.-P. Marguénaud, « La dignité reléguée en deuxième division », *art. préc.*

³⁰⁵⁴ Note explicative Ass. plén., n° 649, 25 oct. 2019, n° 17-86.605, site Internet C. cass., p. 4 ; M. Afroukh et J.-P. Marguénaud, « La dignité reléguée en deuxième division », *art. préc.* ; A. Marais, *Droit des personnes, op. cit.*, n° 341, p. 272 ; B. Teyssié et N. Anciaux, « Chronique de droit des personnes », *art. préc.* ; D. Mazeaud et A.-M. Leroyer, « La dignité... », *art. préc.*

³⁰⁵⁵ *Idem.*

³⁰⁵⁶ D. Mazeaud et A.-M. Leroyer, « La dignité... », *art. préc.*.

³⁰⁵⁷ Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605, §12.

³⁰⁵⁸ L'espèce était particulière puisqu'il était question de l'éventuelle qualification d'une injure.

³⁰⁵⁹ E. Dreyer, *J.-Cl. Comm., préc.*, n° 38.

³⁰⁶⁰ D. Mazeaud et A.-M. Leroyer, « La dignité... », *art. préc.*

762. La combinaison de la force du débat d'intérêt général en matière de presse, du risque de remise en cause de la limite de la dignité et de la prise en compte incomplète de la vie privée dans le débat, montre la puissance de la liberté d'expression, qui utilise les ressources rhétoriques de l'intérêt général pour renforcer sa prépondérance dans les litiges.

b. La mise en balance du débat d'intérêt général avec le droit pourtant « absolu » de propriété

763. **Le droit de propriété comme exemple de l'importance de l'intérêt particulier.** Le droit de propriété apparaît comme un intérêt impossible à contourner. Après quelques incertitudes quant à sa remise en cause au regard d'autres droits et libertés, il apparaît en effet comme une limite à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité *in concreto*, en tout cas face à la vie privée et familiale³⁰⁶¹. C'est en raison de son importance que les juges refusent de le mettre en balance. Ainsi, le droit de propriété apparaît comme une limite absolue à la mise en balance des intérêts, peut-être même davantage que la loi générale elle-même : il semble manifester l'importance de l'intérêt particulier devant le juge.

764. **Le refus de la mise en balance du droit de propriété.** Les intérêts particuliers auraient-ils le pouvoir d'élargir les limites de l'abus du droit de propriété³⁰⁶² ? C'est la question qui s'est posée à la lumière de certains arrêts qui ont pu faire planer ce risque. La recherche de l'abus et celle de la disproportion sont proches³⁰⁶³. Toutefois, si « la proportionnalité articule des droits et des intérêts », l'abus de droit quant à lui « en limite l'exercice »³⁰⁶⁴. L'abus « cherche seulement à limiter l'exercice de droits (subjectifs) dont l'impact pour les particuliers qui le subissent est excessif »³⁰⁶⁵. Il convient de souligner cependant que le contrôle de l'abus de droit a vocation à intervenir en vertu de la loi ou dans l'hypothèse de son mutisme³⁰⁶⁶. Il s'agit en réalité du contrôle de l'exercice d'un droit – le plus souvent de propriété – lorsque ses manifestations sortent du cadre de l'intérêt général. La limitation du droit de propriété par d'autres droits fondamentaux peut-elle donner lieu à de nouvelles hypothèses d'abus ? La question s'est posée en particulier au sujet du droit à la vie privée et familiale, dans des cas

³⁰⁶¹ Pour une autre limite, v. *supra*, n° 256 et s., les développements sur les droits procéduraux devant la deuxième chambre civile. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 240, p. 250 et 251 : refus de mettre en balance le droit de propriété et n° 241 (l'auteur dit que c'est un droit « absolu ») ; n° 243 et s., p. 253 et s., le droit de propriété est donc un « droit comme atout », donc absolus pas de contrôle de proportionnalité.

³⁰⁶² B. Ménard, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », *RTD civ.* 2022.1, n° 3.

³⁰⁶³ Sur ce point, v. M. Cormier, *thèse préc.*, n° 431 et s., p. 257 et s. ; B. Ménard, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*

³⁰⁶⁴ B. Ménard, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, n° 3, l'auteur souligne.

³⁰⁶⁵ *Ibid.*

³⁰⁶⁶ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 2 ; B. Ménard, « Le contrôle de proportionnalité... », *art. préc.*, n° 24.

d'expulsion et d'empiètement. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà considéré que l'expulsion, par une commune, de personnes qui occupaient des terrains avec des caravanes, portait atteinte au droit à la vie privée et familiale de ces personnes sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne³⁰⁶⁷. L'arrêt indique que les occupants avaient fixé leurs domiciles en tant que « propriétaires, locataires ou occupants sans titre de terrains (privés ou communaux) »³⁰⁶⁸, donc en opposition avec le droit de propriété, mais également pour certains, en violation du plan d'occupation des sols³⁰⁶⁹. La remise en cause d'interdictions, mais aussi la possibilité d'une nouvelle hypothèse d'abus de droit de propriété, semblaient se profiler dans cet arrêt. De même, un arrêt du 19 décembre 2019, qui invitait les juges à effectuer un contrôle de proportionnalité avant de procéder à la démolition pour empiètement, a pu faire craindre la possibilité d'un tel contrôle³⁰⁷⁰. Enfin, l'arrêt du 22 octobre 2015, sur l'occupation de terrains appartenant à la mairie de Paris, bien que ne concernant pas le droit de propriété d'une personne privée, fit craindre la possibilité de mettre la vie privée et familiale en balance dans des contentieux de nature à mettre en danger les propriétaires contre les occupants sans droit ni titre³⁰⁷¹.

765. L'éloignement de la menace d'élargissement d'abus du droit de propriété : le refus de la mise en balance du droit de propriété. La menace du contrôle de proportionnalité fit ainsi trembler le droit de propriété. Cependant, le danger semble écarté. Ainsi que le fait remarquer le professeur Romain Boffa à propos de l'arrêt du 19 décembre 2019, le terrain subissant l'empiètement ne faisait pas l'objet d'un droit de propriété mais d'une servitude de passage³⁰⁷² ; le droit de propriété semblait donc sain et sauf en l'espèce. En outre, dans un arrêt plus récent du 9 juillet 2020³⁰⁷³, où il était question du bornage de deux propriétés, les juges rappelèrent l'importance du droit de propriété, en estimant que l'auteur de l'empiètement « n'est pas fondé à invoquer le principe de proportionnalité pour contester la fixation de la limite séparative révélant l'existence d'un empiètement de sa construction sur la parcelle contiguë, dès lors que cet empiètement porte atteinte au droit au respect des biens du propriétaire de cette parcelle »³⁰⁷⁴. Le 17 mai 2018, les juges avaient en outre estimé, dans le cadre d'un empiètement sur le terrain d'autrui, que « l'expulsion et la démolition », bien que

³⁰⁶⁷ CEDH, 17 oct. 2013, *Winterstein et autres c. France*, n° 27013/07, §167.

³⁰⁶⁸ *Ibid.*, §8.

³⁰⁶⁹ *Ibid.*, §13.

³⁰⁷⁰ Civ. 3^e, 19 déc. 2019, n° 18-25.113.

³⁰⁷¹ Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-11.776 et 14-21.515.

³⁰⁷² R. Boffa, « Empiètement : une dose de proportionnalité ? », *D.* 2020.1092, n° 7.

³⁰⁷³ Civ. 3^e, 9 juill. 2020, n° 18-11.940.

³⁰⁷⁴ *Ibid.*

constitutives d'atteintes à l'article 8 de la Convention, « éta[ie]nt les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien » et que par conséquent « l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété »³⁰⁷⁵, et ce malgré les considérations liées au responsable de l'empiétement, veuf, habitant la maison litigieuse depuis plus vingt ans et « âgé de plus de 87 ans, ce qui le rendait particulièrement vulnérable »³⁰⁷⁶. Enfin, dans un arrêt du 4 juillet 2019, dans un contexte d'occupation illégale, tout en admettant le contrôle de proportionnalité³⁰⁷⁷, la troisième chambre civile de la Cour de cassation réaffirma l'importance du droit de propriété, ne laissant qu'une place dérisoire à l'article 8 de la Convention : « l'expulsion étant *la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien* occupé illicitement, *l'ingérence* qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *ne saurait être disproportionnée* eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété ; [...] ayant retenu à bon droit que, le droit de propriété ayant un caractère absolu, toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite permettant aux propriétaires d'obtenir en référé l'expulsion des occupants, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a légalement justifié sa décision »³⁰⁷⁸. Désormais, « le propriétaire pourra, en cas d'occupation illicite de son bien, agir en référé sans avoir à craindre de subir devant le juge de l'évidence les aléas du contrôle de proportionnalité »³⁰⁷⁹. La Cour fait remarquer à ce sujet que l'ingérence « ne saurait être disproportionnée »³⁰⁸⁰ par un contrôle « abstrait » et « purement formel »³⁰⁸¹, fermant la porte au grief d'atteinte à la vie privée et familiale dans ce contexte. Il semble donc que le spectre de l'abus de droit de propriété sur le fondement de l'article 8 de la Convention

³⁰⁷⁵ Civ. 3^e, 17 mai 2018, n° 16-15.792.

³⁰⁷⁶ *Ibid.* Sur l'empiétement, v. aussi Civ. 3^e, 21 déc. 2017, n° 16-25.406 : « 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'empiétement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1^{er} 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'empiétement » ; v. R. Boffa, « Propriété contre proportionnalité », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 106 et s., spéc. p. 107 à 109 et C. Berthier, *thèse préc.*, n° 122, p. 207 et 208.

³⁰⁷⁷ R. Boffa, « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *D.* 2019.2163.

³⁰⁷⁸ Civ. 3^e, 4 juill. 2019, n° 18-17.119, nous soulignons. La motivation de la Cour de cassation apparaît d'ailleurs quasiment contradictoire, elle admet le contrôle de proportionnalité tout en affirmant que « l'expulsion éta[i]t la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement ». V. dans le même sens Civ. 3^e, 28 nov. 2019, n° 17-22.810, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 239 et s., p. 249 et s.

³⁰⁷⁹ R. Boffa, « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *art. préc.*, n° 8.

³⁰⁸⁰ *Ibid.*, n° 10.

³⁰⁸¹ *Ibid.*

ait été écarté et que le droit de propriété soit encore loin de céder du terrain face à des droits concurrents, signe de « l'utilité sociale du droit de propriété »³⁰⁸². La Cour de cassation garde son cap quant à la protection du droit de propriété face à l'empiétement et à l'occupation sans titre. Le champ d'application de l'abus du droit de propriété semblait sain et sauf, et le droit de propriété, plus puissant que jamais.

766. L'admission de la mise en balance du droit de propriété en matière de liberté d'expression. Non seulement la balance des intérêts fait l'emporter le droit de propriété, mais elle est souvent considérée comme « inopérante » dans ce cas³⁰⁸³. En effet, l'atteinte au droit de propriété apparaît alors d'une telle importance, que tout se passe comme s'il était frappé dans sa substance même³⁰⁸⁴. D'après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le droit de propriété est « inviolable » et « sacré »³⁰⁸⁵ ; c'est en raison de son importance que la balance des intérêts ne saurait être envisagée dans les cas où les droits concurrents lui portent une atteinte trop intolérable pour être prise en compte. Pourtant, le droit de propriété même peut apparaître impuissant à arrêter la liberté d'expression. Dans un arrêt du 2 février 2022, la Cour de cassation accepta de mettre en balance le droit de propriété avec le critère du « sujet d'intérêt général »³⁰⁸⁶. Une association de défense des animaux avait pénétré illégalement dans un élevage et capté une vidéo des conditions de vie du bétail, qu'elle avait diffusée sur Internet. Le propriétaire des lieux demandait le retrait de la vidéo en référés. La cour d'appel avait fait droit à la demande. La Cour de cassation infirma l'arrêt aux visas des articles 809 du code de procédure civile, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1^{er} du premier Protocole additionnel. Après avoir rappelé les principes portés par ces textes ainsi que la nécessité de rechercher un juste équilibre entre des droits concurrents, elle affirma que le seul fait que l'association ait violé la loi en pénétrant dans la propriété n'était pas suffisant pour refuser la mise en balance des intérêts et en particulier de son droit à la liberté d'expression³⁰⁸⁷, et que par son acte, l'association avait exercé son « droit d'informer » sur un « sujet d'intérêt général, tel que la protection des animaux ». Par conséquent, dans le raisonnement de la Cour

³⁰⁸² N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 94, p. 79.

³⁰⁸³ Civ. 3^e, 4 juill. 2019, n° 18-17.119

³⁰⁸⁴ M. Jaoul, « Comme Parker Lewis, le droit de propriété ne perd jamais ! », *Gaz. Pal.*, 26 nov. 2019, n° 41, p. 72 et s.

³⁰⁸⁵ V. *Ibid.* ; A. Tadros, « Vers l'établissement d'un hiérarchie objective en faveur du droit de propriété au détriment du droit au domicile ? », *RDC* 2018.452.

³⁰⁸⁶ Civ. 1^{re}, 2 févr. 2022, n° 20-16.040, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 279 et s., p. 289 et s.

³⁰⁸⁷ « Une association qui entend se prévaloir de la liberté d'expression au soutien de la défense de la cause animale doit, comme les journalistes, observer un comportement responsable et, partant, respecter la loi mais, si la violation de la loi constitue un motif pertinent dans l'appréciation de la légitimité d'une restriction, elle ne suffit pas, en soi, à la justifier, le juge national devant toujours procéder à cette mise en balance des intérêts en présence ».

de cassation, la cour d'appel aurait dû mettre en balance les intérêts, y compris dans le cas de l'illégalité du comportement.

767. Bien que la nature de l'atteinte au droit de propriété ne soit pas parfaitement identique, dans les deux hypothèses – elle apparaît plus indirecte dans l'arrêt de 2022 que dans le cas de la confrontation avec le droit à la vie privée et familiale³⁰⁸⁸ –, on constate la possibilité de mettre en balance le respect du droit de propriété, pourtant considéré comme « absolu » dans d'autres espèces. La Cour de cassation semble en l'espèce situer l'intérêt général du côté de la liberté d'expression et non du côté de la protection contre ce qui constitue un délit pénal. Ainsi protégée par le « débat » ou « sujet d'intérêt général », la liberté d'expression semble plus puissante que jamais, même face au droit de propriété, pourtant qualifié d'« absolu » et pour lequel la balance des intérêts est refusée face au droit à la vie privée et familiale.

768. Le recours à l'intérêt général pour protéger l'intérêt particulier existe également dans d'autres hypothèses où il s'individualise : c'est le cas notamment de l'intérêt de l'enfant.

2. L'individualisation de l'intérêt général

769. L'intérêt de l'enfant, un exemple d'autonomisation des notions sous l'influence de l'invocation des droits fondamentaux grâce à la loi. À l'inverse du débat d'intérêt général, l'intérêt de l'enfant constitue quant à lui un exemple d'enjeu d'intérêt général converti en intérêt particulier par l'intermédiaire des droits fondamentaux. Dans une émission diffusée sur France Culture le 2 juin 2015, la professeure Muriel Fabre-Magnan décrit le phénomène d'« autonomisation » de l'intérêt de l'enfant sous l'influence du contentieux de la gestation pour autrui³⁰⁸⁹. Elle explique le changement de rôle de la notion, qui s'« [autonomise] » et « qui [...] ne fonctionne plus comme un standard d'appréciation »³⁰⁹⁰. À une autre invitée de l'émission qui évoque la présence de la notion d'intérêt de l'enfant de manière autonome à la loi dans la Convention de New York relative aux droits de l'enfant³⁰⁹¹, la professeure Muriel Fabre-Magnan répond qu'il convient de différencier les « niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant » qui sont « radicalement différent[s] pour le législateur qui décide d'adopter une loi » et « pour le juge quand il doit appliquer concrètement la loi

³⁰⁸⁸ Sur la balance des intérêts y compris en cas d'intérêt illégal, v. V. Fourment, *thèse préc.*, n° 279 et s., p. 289 et s.

³⁰⁸⁹ « Du Grain à moudre », *préc.*, env. 6'47.

³⁰⁹⁰ *Ibid.*, env. 6'47.

³⁰⁹¹ Intervention de F. Capelier dans l'émission « Du Grain à moudre », *préc.*, env. 8'13, l'article 3§1 de la Convention prévoit en effet que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

générale »³⁰⁹². D'un outil d'« [adaptation] » de la « loi qui doit être générale et impersonnelle à des cas particuliers »³⁰⁹³, l'intérêt de l'enfant devient « une notion qui prend une autonomie par rapport aux institutions »³⁰⁹⁴. Ainsi, dans le litige opposant les parents ayant conclu la convention de gestation pour autrui et l'officier d'état civil refusant la transcription du lien de filiation pour des raisons d'intérêt général, l'intérêt de l'enfant se manifeste comme un élément apparu dans le débat en raison de la mise en balance des intérêts. Une telle évolution est liée au contrôle par le juge de la balance des intérêts effectuée par le législateur, qui entraîne la rencontre entre ces « différents niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant » : celui du « législateur qui décide d'adopter une loi » et celui du « juge quand il doit appliquer concrètement la loi générale »³⁰⁹⁵. Ainsi, l'intérêt de l'enfant, tel qu'il est envisagé dans la loi est « pris dans un sens très différent »³⁰⁹⁶ de celui qu'il revêt dans les arrêts qui jugent des conséquences du contrat de mère porteuse conclu en dehors du territoire, car lorsque « l'enfant est déjà là [...] il faut apprécier son intérêt »³⁰⁹⁷. Ce n'est pas tant le « contenu » qui est en jeu, mais le « niveau d'appréciation » de l'intérêt de l'enfant³⁰⁹⁸. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant par le juge dans ce contexte, détachée de toute référence au texte de loi, est une conséquence directe de la balance des intérêts provoquée par l'application des droits fondamentaux à travers le contrôle de proportionnalité.

770. Il n'est pas question ici d'affirmer que l'intérêt de l'enfant ne peut pas servir, en tant que standard dans la loi, pour l'appréciation des intérêts particuliers. Au contraire, il permet au juge d'adapter, au cas par cas, la solution à la situation particulière de l'enfant. Il ne s'agit donc pas véritablement de considérer que, par ce phénomène « d'autonomisation », l'intérêt général est transformé en intérêt particulier. Bien plutôt, il s'agit ici du basculement d'un standard employé au service de l'application de la loi, à un intérêt autonome, invocable indépendamment de toute règle, mais revêtu de la puissance de son rattachement initial à la loi.

771. Manifestation jurisprudentielle : du standard à l'intérêt autonome. Dans l'arrêt *Menesson contre France*³⁰⁹⁹, les requérants invoquent ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant sur le fondement de l'article 3§1 de la Convention internationale relative aux droits de

³⁰⁹² Émission « Du Grain à moudre », *préc.*, env. 10'50.

³⁰⁹³ M. Fabre-Magnan, « Du Grain à moudre », *préc.*, env. 6'00.

³⁰⁹⁴ *Ibid.*, env. 6'47.

³⁰⁹⁵ *Ibid.*, env. 10'50.

³⁰⁹⁶ *Ibid.*, env. 11'26.

³⁰⁹⁷ *Ibid.*, env. 11'51.

³⁰⁹⁸ *Ibid.*, env. 11'51 ; v. aussi M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015.224, spéc. p. 224 et 227.

³⁰⁹⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11.

l'enfant, de manière autonome par rapport aux institutions auxquelles il est traditionnellement rattaché³¹⁰⁰. Or, comme l'indique la professeure Muriel Fabre-Magnan, l'intérêt supérieur de l'enfant est traditionnellement un « standard » présent dans la loi et permettant d'adapter son application dans le cadre de mécanismes précisément déterminés³¹⁰¹ : la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour la gestion des biens du mineur³¹⁰² ; les modalités d'audition de l'enfant en justice dans le cadre des procédures qui le concernent³¹⁰³ ; l'action en contestation de la filiation³¹⁰⁴ ; les conditions du prononcé de l'adoption, simple ou plénière³¹⁰⁵ ; l'exercice de l'autorité parentale³¹⁰⁶ et l'octroi d'un droit de visite³¹⁰⁷ ; l'assistance éducative³¹⁰⁸ ; le choix³¹⁰⁹ et le changement³¹¹⁰ du prénom de l'enfant et l'application de la règle de *l'infans conceptus*, qui renvoie davantage à un intérêt patrimonial³¹¹¹. Dans toutes ces situations, l'intérêt de l'enfant n'est pas simplement entendu comme celui de l'enfant considéré dans une espèce particulière mais également « apprécié au niveau le plus général » et « de façon abstraite », il s'agit par conséquent d'une manifestation d'un enjeu d'intérêt général³¹¹² poursuivi par la disposition et laissé à l'appréciation juge. Même dans sa composante individuelle, il demeure un standard au service de la mise en œuvre de la loi. Or en l'espèce, la gestation pour autrui réalisée à l'étranger avec les conséquences revendiquées en termes de filiations ne met en jeu aucune des situations légales invitant le juge à prendre en compte l'intérêt de l'enfant. L'invocation de l'intérêt de l'enfant se fait donc sur le fondement d'une convention internationale, mais de manière détachée de la loi. Si la Cour de cassation refusa dans un premier temps la reconnaissance des filiations établies à l'étranger après une gestation pour autrui, elle admit l'autonomie de l'intérêt de l'enfant, y compris dans des décisions de rejet de telles argumentations : dans un arrêt de la première chambre civile du 6 avril 2011³¹¹³, les juges estimèrent que l'« annulation [des actes de naissance des enfants issus du contrat effectué à l'étranger], qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit

³¹⁰⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, §43.

³¹⁰¹ « Du Grain à moudre », *préc.*, env. 10'24 ; la liste présentée ici ne sera pas exhaustive et concerne principalement la mention de l'intérêt de l'enfant dans les textes de loi en matière civile.

³¹⁰² Art. 1210-1 c. proc. civ.

³¹⁰³ Art. 338-12 c. proc. civ.

³¹⁰⁴ Art. 337 c. Civ.

³¹⁰⁵ Art. 348-3 c. civ. et art. 353 c. Civ.

³¹⁰⁶ Art. 371-1 c. Civ. et art. 371-4 c. Civ.

³¹⁰⁷ Art 373-2-9 c. Civ.

³¹⁰⁸ Art. 375-1 c. Civ. et art. 375-7 c. Civ.

³¹⁰⁹ Art. 57 c. civ.

³¹¹⁰ Art. 60 c. civ.

³¹¹¹ Art. 311 c. civ.

³¹¹² M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *art. préc.*, spéc. p. 224.

³¹¹³ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 10-19.053.

californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux [...] en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, *non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant* »³¹¹⁴. Ainsi, avant même l'admission des effets de la gestation pour autrui en France³¹¹⁵, les juges semblaient admettre une forme d'autonomie de la notion d'intérêt de l'enfant invoquée en dehors de toute institution légale prévoyant sa prise en compte. Dans l'arrêt *Menesson*, la Cour européenne donne un effet maximum à l'autonomisation de cette notion, en admettant qu'elle puisse aller contre une interdiction d'ordre public en droit français et conduire à la prise en compte des effets de la convention par le droit interne³¹¹⁶. Sous la double influence de la Convention de New York et de la Cour européenne des droits de l'homme, l'intérêt de l'enfant prend ainsi son indépendance par rapport au texte et quitte sa fonction de standard³¹¹⁷, pour incarner un intérêt particulier qui s'oppose à l'intérêt général, modifiant la solution juridique qui aurait dû être adoptée dans la stricte application de la loi.

772. Conclusion de la section. La faible prise en compte substantielle de l'intérêt général se manifeste tout d'abord à travers le moindre succès jurisprudentiel de certains enjeux, traditionnellement rattachés à l'intérêt général. Il s'agit d'enjeux à forte composante collective ou publique, tels que la morale ou l'intérêt financier. On le constate également à travers le déplacement de certaines questions de fond vers des problématiques de forme, afin d'occulter la difficulté d'intérêt général posée par un contentieux. Enfin, elle se révèle par la préférence donnée à l'intérêt particulier dans certains arrêts : il est tantôt invoqué en lieu et place de l'intérêt général, tantôt mis sur le même plan que ce dernier, en particulier dans des cas où la question n'aurait pas pu se poser auparavant. La faible place de l'intérêt général se manifeste également à travers certaines interférences entre l'intérêt particulier et l'intérêt général. D'une part, les enjeux d'intérêt général qui semblent rassembler le plus de succès sont ceux qui apparaissent « incarnables », par leur capacité à se rattacher autant à un intérêt particulier qu'à un intérêt public et collectif. D'autre part, empruntant la force rhétorique de l'intérêt général, certains intérêts particuliers portés par des droits fondamentaux trouvent une puissance inédite en jurisprudence : c'est le cas de la liberté d'expression soutenue par son rattachement à la notion de « débat d'intérêt général », ainsi que de « l'autonomisation » de certaines notions, qui

³¹¹⁴ Nous soulignons.

³¹¹⁵ A partir de l'arrêt Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 ; V. Deschamps, *thèse préc.*, p. 623 et s.

³¹¹⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, §99 à 101.

³¹¹⁷ M. Fabre-Magnan, « Du Grain à moudre », *préc.*, env. 5'54 et 6'47.

anciennement rattachées à la norme légale, sont désormais employées indépendamment de cette dernière pour faire valoir des intérêts particuliers ; l'intérêt de l'enfant en constitue une illustration.

773. Conclusion du chapitre. Si en matière contractuelle, les évolutions de solutions liées à la prise en compte des droits fondamentaux dans l'ordre public sont pour l'heure assez faibles, elles sont visibles, bien que minoritaires, dans les autres domaines du droit privé. L'analyse révèle en tout état de cause une faible prise en compte des enjeux d'intérêt général publics et collectifs par rapport aux intérêts particuliers, qu'ils soient intégrés comme enjeux d'intérêt général ou envisagés isolément.

774. Conclusion du titre. La prise en compte de l'intérêt général dans le raisonnement emporte ainsi deux grandes catégories d'effets : tout d'abord, des effets sur les sources, par la modification des rapports entre le juge et le législateur et l'évolution de la technique de cassation ; ensuite des effets sur les solutions, tenant à la faible place de l'intérêt général, tant sur le plan formel dans le raisonnement, que matériel dans les solutions. C'est la raison pour laquelle, nous proposons une nouvelle approche des conséquences de l'atteinte *in concreto* aux droits fondamentaux, de nature à protéger contre les atteintes institutionnelles et à justifier les solutions au fond.

TITRE 2 : DE LEGE FERENDA : LA RÉFORME PROPOSÉE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

775. Nous avons constaté la faible importance, tant formelle que substantielle, de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, en dépit de son importance textuelle. Que faire pour remédier à cette situation ? Il s'agit désormais de tirer les conclusions de ce qui a été constaté.

776. L'intérêt général peut devenir un outil de rééquilibrage du conflit entre la loi et les droits fondamentaux, afin de faire la part des choses entre les atteintes inacceptables qui doivent être corrigées et les concessions individuelles normales engendrées par la vie en société. Il convient de remettre l'intérêt général au cœur de la méthode en l'intégrant de façon « démonstrative » plutôt qu'« affirmative »³¹¹⁸. La première démarche est donc de proposer une reconstruction du raisonnement, afin de donner à l'intérêt général toute sa place dans le contrôle de la loi, que ce soit au stade de l'identification, ou de la mise en œuvre (**chapitre 1**).

777. Par ailleurs, il importe de corriger ce qui constitue à nos yeux la plus lourde difficulté engendrée par le contrôle de la loi : la possibilité de son refus d'application au cas par cas. C'est en effet cette pratique qui conduit à la plus grande déstabilisation de l'ordre juridique. C'est la raison pour laquelle nous souhaiterions proposer de basculer dans une logique de réparation des atteintes aux droits fondamentaux causées par la loi, plutôt que de laisser au juge le pouvoir d'écarter la loi dans chaque espèce.

778. En effet, au lieu de choisir d'évincer la loi au cas par cas, ce qui est source d'insécurité juridique et de déstabilisation des rôles du juge et du législateur, il s'agirait d'examiner, dans chaque espèce, l'effet de l'application de la loi et de tenter de corriger ses conséquences néfastes pour les droits fondamentaux. Les atteintes pourraient ainsi faire l'objet d'une forme de réparation, laissant le législateur libre de maintenir ou d'abroger la loi, tout en respectant les intérêts individuels. Il s'agira donc, dans un second temps, de proposer une reconstruction des solutions, afin de préserver l'intérêt général, sans pour autant sacrifier les intérêts individuels (**chapitre 2**).

³¹¹⁸ Pour reprendre l'expression d'E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 8, p. 24.

CHAPITRE 1 : LA RECONSTRUCTION DU RAISONNEMENT

779. L'intérêt général au cœur du raisonnement et des méthodes du juge. Le contrôle de proportionnalité ayant pris l'ampleur qui est désormais la sienne devant le juge judiciaire, il convient de donner à l'intérêt général la place qui lui revient dans le raisonnement. Dans le cadre du filtre de la question prioritaire de constitutionnalité, le juge devrait systématiquement s'attacher à la recherche de l'objectif poursuivi par le législateur et procéder à sa qualification en suivant la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pour ce qui est du contrôle de conventionnalité, on constate que le juge fait de plus en plus souvent référence au « but légitime » et allie désormais le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto*. Toutefois, si le raisonnement se développe, l'intérêt général demeure discret, voire absent. Il s'agit de le replacer au centre de la méthode. Une telle démarche passe notamment par le souci d'une véritable confrontation des intérêts³¹¹⁹. La revalorisation de l'intérêt général devant le juge suppose à la fois de respecter sa juste place dans la méthode, mais également d'utiliser les outils adéquats pour la détermination de son contenu.

780. Une véritable mise en œuvre de l'intérêt général. L'identification et la mise en œuvre de l'intérêt général se présentent souvent dans le raisonnement comme une étape de façade : combien de fois le juge identifie-t-il l'intérêt général et le but légitime pour le balayer d'un revers de main au moment de la dernière étape du raisonnement, voire ne même pas le prendre en compte dans la balance des intérêts ? La référence à l'intérêt général ne doit pas être une simple étape formelle mais doit réellement intégrer la discussion en tant que critère de la conformité de la loi, quitte à ne pas l'emporter dans la solution.

781. Pour ce faire, le juge doit étoffer son raisonnement, tant lors de l'étape de l'identification de l'intérêt général (**section 1**) quand pour la mise en œuvre dans le raisonnement (**section 2**). Quelques exemples de rédaction d'arrêts illustreront le propos (**section 3**).

SECTION 1 : LA RECONSTRUCTION DE LA DÉTERMINATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

782. Il est rare que le juge explique les raisons pour lesquelles il considère qu'un objectif donné est celui que poursuit la loi, et qu'il le rattache à l'intérêt général. Certaines

³¹¹⁹ Sur l'absence d'une telle pratique, v. *supra*, n° 493.

méthodes classiques d'interprétation, permettant traditionnellement d'éclairer le sens de la loi, peuvent être employées à démontrer l'intérêt général abstrait (§1). En outre, les juges doivent exiger que soit apportée la preuve de l'intérêt général concret³¹²⁰ (§2).

§1. LES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION AU SERVICE DE L'IDENTIFICATION
DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ABSTRAIT

783. Les outils de détermination de l'intérêt général. Le recours aux travaux préparatoires et aux motifs de la loi est fortement recommandé pour l'identification de l'intérêt général abstrait. La référence au texte lui-même, qui est parfois porteur d'indices, voire d'affirmations sur l'enjeu d'intérêt général qu'il incarne, est également pertinente. Le juge doit user de ses talents d'interprétation de la loi pour en extraire les objectifs, qui ne sont pas toujours explicitement formulés. Le juge peut également rechercher si la Cour européenne s'est déjà prononcée sur cet enjeu dans ce contexte : a-t-elle déjà estimé qu'il s'agissait par exemple d'un motif impérieux d'intérêt général ? S'agit-il d'un motif pour lequel une marge d'appréciation supplémentaire est laissée au législateur ? Il en va de même pour le Conseil constitutionnel. Une fois cette identification et éventuelle qualification effectuée, il convient de mettre en œuvre l'enjeu dans le contrôle de proportionnalité. Il s'agit donc de prévoir un véritable contrôle de l'objectif qui soit clairement intégré dans le raisonnement. Ce dernier doit être également détaillé pour l'intérêt général concret : le juge doit identifier les éléments lui permettant de justifier l'application de la loi au cas d'espèce, au regard des intérêts de toutes les parties au litige.

784. Formalisation de l'étape d'identification de l'intérêt général dans sa composante concrète et abstraite. La Cour européenne des droits de l'homme invite explicitement les juges à rechercher le « but légitime » de nature à justifier les atteintes aux droits fondamentaux, dans le cadre de la mise en œuvre de la clause d'ordre public. Ce critère est également utilisé par la Cour européenne pour l'application des articles pour lesquels le texte ne le prévoit pas expressément : c'est notamment le cas des articles 14 et 6 de la Convention³¹²¹. Cette première étape d'identification est cruciale dans le raisonnement et doit faire l'objet d'une formalisation soigneusement motivée. En outre, en raison du double contrôle

³¹²⁰ Sur l'origine de la distinction entre intérêt général abstrait et intérêt général concret en droit administratif de la preuve, v. D. Truchet, *thèse préc.*, p. 243.

³¹²¹ V. *supra*, n° 61 et 67.

effectué par la Cour de cassation au regard de la Convention, il lui appartient de procéder à cette identification de manière abstraite et de manière concrète.

785. L'identification de l'enjeu d'intérêt général dans le cadre du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Le même travail d'identification doit être effectué dans le cadre du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, cantonné à l'identification de l'intérêt général abstrait, selon la nomenclature du Conseil constitutionnel et la classification des enjeux selon leur importance³¹²². Il appartient donc au juge judiciaire de se demander si l'enjeu identifié est, par exemple, un principe ou un objectif de valeur constitutionnelle, ou un motif d'intérêt général, le cas échéant suffisant ou impérieux. Ces éléments donnent un indice quant à son importance, et par conséquent, quant à sa capacité à limiter les droits fondamentaux.

786. Afin d'effectuer correctement le travail d'identification, le juge doit d'abord analyser les modalités de la présence de l'intérêt général dans la loi (**A**). En effet, l'intérêt général peut se manifester de diverses manières dans le texte, autant dans le principe, que dans les exceptions, parfois dans l'existence même de la loi au même titre que dans le mécanisme qu'elle adopte. Pour l'identifier, les juges pourraient avoir recours aux méthodes classiques d'interprétation de la loi, qui peuvent s'avérer tout aussi utiles pour rechercher l'objectif qu'elle poursuit que pour en révéler le sens (**B**).

A. Les modalités de la présence de l'intérêt général dans la loi

787. Selon l'objet du grief fait à la loi, l'intérêt général peut être contrôlé différemment dans la règle. En effet, la loi est susceptible de poursuivre différents objectifs qui s'articulent entre eux et étayent les divers aspects de la règle.

788. Enjeu d'intérêt général d'existence et enjeu d'intérêt général de fond. La distinction entre l'enjeu d'intérêt général d'existence et l'enjeu d'intérêt général de fond se manifeste par la dynamique qui existe entre la nécessité de l'existence même de la règle³¹²³ et la pertinence de son fonctionnement. En effet, l'enjeu d'intérêt général peut tout autant se manifester dans l'utilité de la réglementation envisagée que dans son contenu. Prenons un exemple. Il semble logique et nécessaire que la pratique de la médecine soit réglementée dans un État : il existe donc un enjeu d'intérêt général dans l'existence de règles dans ce domaine. Cependant, il existe de multiples manières de réglementer l'activité médicale : chacune des

³¹²² V. *supra*, n° 204 et s.

³¹²³ Sur ce point, v. R. Libchaber, « Chronique de jurisprudence générale », *Defrénois* 2002.1253, qui estime que la nullité peut avoir pour objectif « la restauration de l'homogénéité du système juridique ».

règles peut se justifier par un enjeu d'intérêt général de fond. Ainsi, après la distinction entre intérêt général formel et intérêt général substantiel, une autre distinction apparaît entre l'intérêt général substantiel d'existence et l'intérêt général substantiel de fond. Où l'on voit que les *moyens* employés par la règle se justifient par l'intérêt général, tout autant que son *existence* même. Ces différents niveaux de buts peuvent se manifester dans l'énoncé des motifs de la loi, afin de distinguer le but général de la loi, de ceux des moyens employés³¹²⁴.

789. L'intérêt général dans la règle de principe et l'intérêt général dans l'exception. La distinction entre l'intérêt général de fond et l'intérêt général d'existence peut se décliner au sein même des règles édictées. Ainsi, l'*existence* d'une règle de principe, identique pour tous et applicable de la même manière, est souhaitable et peut relever de l'intérêt général. En outre, cette règle de principe peut également être porteuse d'un intérêt général de fond qui, en raison de son importance, justifie que le cas général soit réglé de cette manière. Cependant, la présence d'une exception permet aussi la prise en compte d'un objectif alternatif, sans doute d'une valeur moins importante, mais suffisante pour être tout de même intégré dans la règle. En outre, l'exception comporte un intérêt général d'existence évident dans la nécessité de tempérer la règle principale et d'apporter une souplesse prévue à l'avance dans le mécanisme normatif. Ainsi, on pourrait dire que la règle porteuse d'un principe et d'une exception comprend un enjeu d'intérêt général principal et un enjeu d'intérêt général subsidiaire. Par exemple, l'article 1172 du code civil prévoit que « les contrats sont par principe consensuels » et que « par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul [...] ». Le principe est donc le caractère consensuel du contrat, ce qui est justifié par l'intérêt général – pour des raisons de facilité, de rapidité et d'économie³¹²⁵, sans doute –, sauf pour certains contrats, qui revêtent une importance telle qu'un enjeu – sans doute de sécurité³¹²⁶ – justifie le respect de certaines formes sous peine de nullité.

790. Impérativité et supplétivité de la règle et intérêt général. Si, dans une règle d'ordre public, l'enjeu d'intérêt général est renforcé par en raison de son importance, qui fonde l'impérativité, dans une règle supplétive, l'enjeu d'intérêt général est double : il est à la fois

³¹²⁴ C.-A. Morand, « Les objectifs de la législation... », *art. préc.*, spéc. p. 857 : « si les grandes déclarations de buts placées en tête des lois ne peuvent pas être isolées des buts précis et concrets qui constituent les moyens de les réaliser, ils ne peuvent non plus pas être séparés d'autres buts qui ont trouvé une expression dans le cadre de la genèse de la législation et dont les traces se retrouvent soit dans le préambule, soit dans les travaux préparatoires. Par ailleurs, les buts déclarés doivent pouvoir être articulés par rapport aux buts plus généraux figurant dans la Constitution, soit qu'ils les concrétisent, soit qu'ils entrent en conflit avec eux ».

³¹²⁵ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil...*, *op. cit.*, n° 193, p. 214.

³¹²⁶ *Ibid.*, n° 196, p. 218.

constitué par le respect de la liberté contractuelle, et par la nécessité d'apporter une solution dans l'hypothèse du silence des parties. C'est en ce sens que la règle supplétive présente un caractère « hypothétique »³¹²⁷ : l'enjeu d'intérêt général au sens substantiel est en quelque sorte alternatif. En effet, la règle supplétive « n'est pas un pis-aller applicable faute de mieux » ; au contraire, « elle incarne le plus souvent une normalité perçue comme idéale par l'ordre juridique, même si elle n'est pas uniformément imposée »³¹²⁸ ; la solution choisie par cette règle peut en effet relever du bon sens ou encore de la pratique la plus courante en la matière³¹²⁹. Ainsi, dans toute règle, qu'elle soit impérative ou supplétive, l'intérêt général est présent : dans le premier cas, l'enjeu est le respect de l'ordre public et dans l'autre, c'est simultanément la liberté des parties et l'organisation de leur abstention. La règle supplétive, n'est dès lors ni moins obligatoire³¹³⁰, ni moins teintée d'intérêt général que la règle supplétive : elle manifeste simplement un enjeu différent et sans doute de moindre importance. La règle impérative est porteuse d'un enjeu qui, en raison de sa prépondérance, ne peut laisser aux parties la liberté de choisir une autre solution. Ainsi, l'article 214 du code civil prévoit que les époux doivent contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives mais les autorise à prévoir entre eux, par convention, une répartition différente de celle prévue par la loi : elle a donc le souci de laisser les époux libres, tout en prévoyant une solution en cas de silence de leur part, sans doute afin d'éviter tout conflit et toute incertitude. Ce mécanisme illustre l'importance de l'établissement d'une règle, tout en maintenant la liberté des époux. À l'inverse, l'article 1231-5 du code civil prévoit que la possibilité pour le juge d'ajuster le montant de la clause pénale ne peut être écarté par convention : l'objectif de protection des parties contre les excès de certaines clauses³¹³¹ fait échapper ce mécanisme de révision à la liberté contractuelle.

791. Le rôle de l'avocat général dans la détermination de l'intérêt général. Le rôle de l'avocat général est étroitement lié à la notion d'intérêt général, qu'il doit « servir »³¹³². Porte-parole du ministère public³¹³³, il a pour fonction de « défendre » l'application de la loi. Membre du parquet général de la Cour de cassation, il « rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun » et « éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir », comme

³¹²⁷ C. Pérès, *thèse préc.*, n° 149, p. 136.

³¹²⁸ C. Pérès, « Règles impératives... », *art. préc.*, spéc. p. 773.

³¹²⁹ *Ibid.*

³¹³⁰ C. Pérès, *thèse préc.*, n° 146 et s., p. 135 et s.

³¹³¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil...*, *op. cit.*, n° 893, p. 1003.

³¹³² C. Cyteval, *thèse préc.*, n° 158, p. 84 (entrevue avec Y. Charpentel sur le rôle de l'avocat général) ; *Cour de cassation – Rapport public 2013 – L'ordre public*, site Internet C. cass., p. 24.

³¹³³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 115, v° « Avocat général ».

l'énonce le troisième alinéa de l'article L. 432-1 du code de l'organisation judiciaire. En effet, il « propose à la Cour [son] interprétation de la loi, [...] dans l'intérêt général qu'il est chargé de représenter »³¹³⁴. Dans cette optique, il doit accorder une importance toute particulière à l'intérêt général abstrait³¹³⁵. Cependant, comme le Conseil constitutionnel, il se contente souvent de déduire la présence d'un intérêt général de la simple référence à l'objectif de la loi³¹³⁶. Il serait logique que le rôle de démonstration de l'intérêt général abstrait lui revienne lorsqu'il est saisi : ses attributions en matière de défense de la loi et de l'intérêt général font de lui l'acteur tout indiqué pour procéder à l'identification de l'objectif de la loi et à la démonstration de son rattachement à l'intérêt général. Ses fonctions pourraient également s'étendre à l'intérêt général concret, susceptible de défendre la mise en œuvre de la loi.

792. Le rôle du législateur dans l'identification de l'objectif poursuivi. La situation de contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux pousse le législateur à se justifier toujours davantage dans les choix qu'il fait. Dans cette optique, il pourrait être utile, comme le propose Madame Cécile Berthier, d'élargir la pratique des études d'impact aux propositions de lois³¹³⁷. Si l'accroissement de la motivation autour de l'édiction de la loi peut sembler une atteinte à la compétence du législateur, elle semble aujourd'hui nécessaire pour asseoir sa légitimité à long terme. En effet, la réaffirmation de la place de la loi passe, en tout cas dans un premier temps, par une justification de son bien-fondé pour reconquérir sa prépondérance dans le raisonnement. Si la pratique se développe, la fonction de l'intérêt général dans le raisonnement s'affermira et redonnera à la loi sa force face aux droits fondamentaux.

B. Les méthodes d'interprétation de la règle de droit au service de l'identification de l'intérêt général

793. L'interprétation de la loi consiste à en révéler la signification : « interpréter la loi c'est en déterminer le sens »³¹³⁸ et d'ailleurs, cela implique « aussi bien [d']élucider un texte obscur que [de] spécifier un texte général »³¹³⁹. Pourtant, l'interprétation pourrait venir au secours de l'identification de l'intérêt général d'une loi : les méthodes pourraient être employées pour rechercher l'objectif poursuivi par la loi et pour en révéler le sens. On considère classiquement qu'une méthode d'interprétation peut être « intrinsèque », si elle « ne se fonde

³¹³⁴ J. Foyer, « Plaidoyer pour l'avocat général à la Cour de cassation », in *Entre tradition et modernité : le droit en contrepoint – Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 541 et s., spéc. p. 551.

³¹³⁵ C. Cyteval, *thèse préc.*, n° 139, p. 75.

³¹³⁶ *Ibid.*, n° 304, p. 148.

³¹³⁷ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 264, p. 403.

³¹³⁸ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2018, n° 144, p. 254.

³¹³⁹ *Ibid.*, n° 144, p. 254.

que sur les éléments propres du texte interprété et se réfère à sa lettre, à l'intention de ses auteurs, à son interprétation logique »³¹⁴⁰. À l'inverse, « les méthodes extrinsèques sont celles qui, au lieu de se cantonner aux textes à interpréter, utilisent des éléments extérieurs à ceux-ci, pour en déterminer le sens »³¹⁴¹.

794. Les limitations des droits fondamentaux par les méthodes d'interprétation.

Le professeur Nicolas Molfessis avait démontré dans sa thèse de doctorat le recours, par le Conseil constitutionnel, aux méthodes « classiques » d'interprétation pour déceler les limites de la protection de certains droits fondamentaux³¹⁴². Il avait ainsi expliqué que les limitations au droit de grève résultaient d'une interprétation « exégétique » de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946, qui justifiait les « atteintes législatives »³¹⁴³. De même, une interprétation historique permettait de limiter le droit de propriété de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme au moyen de considérations d'intérêt général³¹⁴⁴. Enfin, il dégagait le mécanisme de limitations de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'une interprétation téléologique³¹⁴⁵. Toutefois, ces interprétations ne portent pas sur le contenu de la limite, mais plutôt sur la construction du mécanisme même de l'existence de cette dernière. En outre, le raisonnement concerne l'interprétation des textes porteurs de droits fondamentaux et non celle de la loi. C'est le principe même de la limitation des droits fondamentaux qui résulte de ces interprétations, et non l'objectif de la loi justifiant les atteintes. La démarche effectuée ici est donc distincte.

795. Les méthodes impuissantes à éclairer l'objectif de la loi. Toutes les méthodes d'interprétation destinées à éclairer le sens de la loi ne sont pas exploitables pour en découvrir l'objectif. Par exemple, les procédés d'interprétation « extensive », tels que l'analogie ou encore les raisonnements *a fortiori*³¹⁴⁶ ou *a contrario*³¹⁴⁷ ne semblent destinés qu'à éclairer la signification des dispositions et leur application, et non leurs objectifs.

796. L'interprétation littérale en cas d'objectif exprimé dans le texte.

L'interprétation littérale est celle qui se propose de « comprendre le texte lui-même en précisant le sens des termes qu'il emploie et en tirant de leur place dans la phrase, de sa structure, de la

³¹⁴⁰ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 148, p. 260.

³¹⁴¹ *Ibid.*, n° 161, p. 276.

³¹⁴² N. Molfessis, *thèse préc.*, n° 20 et s., p. 18 et s.

³¹⁴³ *Ibid.*, n° 23, p. 20.

³¹⁴⁴ *Ibid.*, n° 32, p. 24.

³¹⁴⁵ *Ibid.*, n° 34 et s., p. 26 et s.

³¹⁴⁶ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 155, p. 270.

³¹⁴⁷ *Ibid.*, n° 158, p. 273.

punctuation..., sa signification exacte »³¹⁴⁸. Par conséquent, appliquée à la recherche de l'intérêt général, elle ne peut être mise en œuvre que si le texte lui-même énonce les objectifs qu'il se propose de suivre. Toutefois, même un texte qui énoncerait ses buts doit être analysé en profondeur afin de s'assurer que les objectifs correspondent bien à la règle édictée, qu'ils sont sincères et qu'ils se rattachent de façon satisfaisante au mécanisme proposé. Il s'agit en effet de s'assurer que le législateur a vraiment énoncé les objectifs que le texte poursuit et qu'il n'y a pas eu, en quelque sorte, un détournement de pouvoir, ou plus simplement une réorientation du texte qui ne correspondrait plus aux objectifs initiaux. Ainsi, l'interprétation littérale peut être employée pour l'identification des objectifs, mais elle ne semble pas pouvoir être exclusive d'une recherche complémentaire plus large. Par exemple, dans la loi du 18 novembre 2016, relative à la modernisation de la justice, nombreux sont les titres qui sont en réalité des objectifs : le chapitre II du titre VII, lui-même appelé « Rénover et adapter la justice commerciale aux enjeux de la vie économique et de l'emploi », s'intitule par exemple « Renforcer l'indépendance et l'efficacité de l'action des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires »³¹⁴⁹. L'analyse du texte même de la loi permet donc de révéler les objectifs du texte.

797. La recherche de l'intention du législateur. La recherche de l'intention du législateur, parfois appelée « exégèse subjective »³¹⁵⁰, s'incarne dans celle de la *ratio legis*, notamment à travers l'analyse des travaux parlementaires³¹⁵¹. On parle parfois d'interprétation « historique » car elle « recherche l'intention originelle du législateur qui a édicté les textes »³¹⁵². L'analyse de la *ratio legis* est particulièrement pertinente pour l'identification de l'intérêt général car elle entretient des liens étroits avec l'objectif poursuivi par la loi : elle se rattache en effet à sa « raison d'être »³¹⁵³, qui peut être confondue avec l'objectif qu'elle poursuit³¹⁵⁴. Certains affirment que dès lors que la règle perd sa raison d'être, elle doit cesser

³¹⁴⁸ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 149, p. 261.

³¹⁴⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³¹⁵⁰ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 412, p. 508. En revanche, l'exégèse « objective » ne serait sans doute pas d'un grand secours pour découvrir un objectif implicite, puisqu'elle s'appuie sur une analyse très précise du texte.

³¹⁵¹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 151, p. 264 et n° 152, p. 267. *Contra* J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 448 et s., p. 206 et s., met en garde contre les travaux préparatoires comme « réceptacle imparfait de l'intention du législateur ».

³¹⁵² J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 151, p. 265. V. aussi Y. Seillan, *Essai sur les méthodes d'interprétation de la jurisprudence civile*, dir. P. Robino, thèse dactyl. Bordeaux, 1962, p. 70 et s.

³¹⁵³ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 151, p. 264.

³¹⁵⁴ *Ibid.*, n° 151, p. 266 : l'auteur semble considérer que le but poursuivi par la loi et la *ratio legis* sont synonymes, ce qui est discutable, mais cela montre le rattachement entre les deux notions. Sur les distinctions entre raison d'être, objectifs et motifs de la loi, v. *supra*, n° 181.

même d'être appliquée en vertu de l'adage « *cessante ratione legis, cessat ipsa dispositio* »³¹⁵⁵. L'application littérale d'un tel adage revient à donner au juge le pouvoir de refuser l'application d'une loi obsolète, ce qui ressemble à la situation du contrôle de conventionnalité *in abstracto*. Quoiqu'il en soit, il semble que cette méthode soit celle de prédilection pour déterminer l'objectif poursuivi par la loi. Elle est même de nature à compléter l'interprétation littérale en cas d'expression de l'objectif dans le texte, afin de s'assurer qu'il correspond véritablement à ce que le législateur a souhaité exprimer et à ce que la loi poursuit. Les travaux préparatoires de la loi apparaissent donc comme les outils les plus indiqués pour rechercher la volonté du législateur et son intention pour éclairer l'objectif poursuivi³¹⁵⁶. Toutefois, Monsieur Jean-Baptiste Duclercq met en garde contre le caractère « incomplet »³¹⁵⁷ et parfois « daté »³¹⁵⁸ de ces documents, qui ne reflètent pas toujours la « pluralité des participants au processus législatif »³¹⁵⁹. Il invite donc à une interprétation littérale au principal³¹⁶⁰, qui pourrait être « complétée » par une interprétation historique³¹⁶¹. L'article 161 du code civil illustre une de ces difficultés : les travaux préparatoires du code civil s'étant très peu intéressés aux relations entre ascendants pour se concentrer sur la question des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs³¹⁶². C'est la doctrine contemporaine qui permet de déceler l'objectif de ce texte : elle estime que la règle est justifiée par le souci d'éviter tout « inceste social »³¹⁶³. Les travaux préparatoires de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique sont au contraire explicites quant aux objectifs poursuivis par les articles : l'étude d'impact nous apprend que la disposition relative à l'autoconservation des gamètes en dehors de toute prise en charge médicale pouvant altérer la fertilité, désormais prévue à l'article L. 2141-12 du code de la santé publique, a pour finalité d'« autoriser sans l'encourager l'autoconservation de gamètes »³¹⁶⁴. Il semble que cette finalité soit principalement adressée à l'autoconservation des gamètes féminins car, selon l'énoncé des objectifs poursuivis, il « ne s'agit ni d'inciter les femmes à recourir à une conservation de précaution de leurs ovocytes », ni « de conforter une norme sociale selon

³¹⁵⁵ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 151, p. 264.

³¹⁵⁶ *Ibid.*, n° 151, p. 266. *Contra* J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 448 et s., p. 206 et s., met en garde contre les travaux préparatoires comme « réceptacle imparfait de l'intention du législateur ».

³¹⁵⁷ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 448 et s., p. 206 et s.

³¹⁵⁸ *Ibid.*, n° 452 et s., p. 208 et s.

³¹⁵⁹ *Ibid.*, n° 455 et s., p. 209 et s.

³¹⁶⁰ *Ibid.*, n° 478 et s., p. 219 et s.

³¹⁶¹ *Ibid.*, n° 487 et s., p. 223 et s. L'auteur invite d'ailleurs le Conseil constitutionnel à « clarifier » et à « systématiser » son recours aux travaux préparatoires (n° 495 et s., p. 226 et s. et n° 502 et s., p. 228 et s.).

³¹⁶² P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, *op. cit.*, p. 21 et s.

³¹⁶³ L. Bernard de La Gatinais, « Mariage incestueux... », *art. préc.*, spéc. p. 36.

³¹⁶⁴ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, étude d'impact en ligne sur Légifrance, « Tableau synoptique des consultations », p. 7 et s., spéc. p. 7 et développements relatifs au projet d'article 2, p. 95 et s.

laquelle une femme ne peut se réaliser sans devenir mère », mais simplement d'ouvrir une possibilité nouvelle liée au retard de l'âge moyen de la naissance du premier enfant³¹⁶⁵.

798. La libre recherche scientifique comme outil d'actualisation de l'objectif de la loi. Le juge n'est pas tenu d'écarter l'application d'une loi dont l'objectif n'est plus d'actualité : il doit rechercher l'objectif actuel poursuivi par le maintien de la loi dans l'ordre juridique. Pour cela, il peut avoir recours à la libre recherche scientifique³¹⁶⁶. Il s'agit d'une méthode destinée à s'éloigner du texte lui-même pour l'appliquer : « elle intervient à l'occasion d'une situation de fait concrète, et pour adapter le droit à cette situation, les considérations, qui doivent la guider, sont, d'après le but supérieur à atteindre, exactement de même nature, que celles qui dominent l'action législative elle-même, puisqu'il s'agit de part et d'autre, de satisfaire au mieux, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale »³¹⁶⁷. Le juge devra ainsi « puiser » dans « la raison et la conscience »³¹⁶⁸, « l'organisation morale et religieuse »³¹⁶⁹, « politique », « économique »³¹⁷⁰ ou encore « sociale »³¹⁷¹. Le recours à d'autres sciences, telles que la sociologie³¹⁷², la philosophie et la psychologie³¹⁷³, mais aussi l'histoire, la statistique, le droit comparé et le droit positif³¹⁷⁴ est encouragé. La référence à la doctrine peut également être pertinente³¹⁷⁵. Tous ces outils peuvent ainsi éclairer le maintien dans l'ordre juridique d'une règle dont l'objectif aurait disparu ou serait devenu obsolète. C'est ainsi que le juge peut déduire de travaux doctrinaux que l'interdiction du mariage entre alliés en ligne directe est fondée sur la crainte d'une forme d'« inceste social »³¹⁷⁶, alors que les travaux préparatoires de l'article 161 du code civil n'avaient pas explicitement envisagé cette question³¹⁷⁷. Le juge aurait également pu avoir recours à la sociologie ainsi qu'à la psychologie pour évaluer le bien-fondé de cette règle dont le maintien n'est sans doute pas justifié par les mêmes raisons que son édicton³¹⁷⁸.

³¹⁶⁵ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, étude d'impact, p. 113.

³¹⁶⁶ F. Génay, *Méthode d'interprétation...*, t. II, *op. cit.*, n° 155 et s., p. 49 et s.

³¹⁶⁷ *Ibid.*, n° 156, p. 51.

³¹⁶⁸ *Ibid.*, n° 160, p. 61.

³¹⁶⁹ *Ibid.*, n° 167, p. 86.

³¹⁷⁰ *Ibid.*, n° 167, p. 87.

³¹⁷¹ *Ibid.*, n° 167, p. 88.

³¹⁷² *Ibid.*, n° 168, p. 88.

³¹⁷³ *Ibid.*, n° 168, p. 91.

³¹⁷⁴ *Ibid.*, n° 168, p. 92.

³¹⁷⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 297 et s.

³¹⁷⁶ L. Bernard de La Gatinais, « Mariage incestueux... », *art. préc.*, spéc. p. 36.

³¹⁷⁷ P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, op. cit.*, p. 21 et s. ; v. *supra*, n° 308.

³¹⁷⁸ *Ibid.* ; v. *supra*, n° 308.

799. L'identification ou l'actualisation de l'objectif de la loi avec l'interprétation systémique. L'interprétation systémique se « fonde sur l'analyse de l'ordre juridique comme un système cohérent de règles, de principes et de valeurs »³¹⁷⁹. Cette référence à l'harmonie de l'ensemble de l'ordre juridique peut se révéler utile pour identifier l'objectif, autant que pour mettre à jour celui d'une loi dont le but initial ne serait plus d'actualité. En effet, les travaux préparatoires peuvent parfois constituer un « réceptacle “daté” » de la volonté du législateur³¹⁸⁰. C'est ainsi que le juge pourrait se fonder sur la réaffirmation implicite de la prohibition formulée par l'article 161 du code civil lors de la loi relative au pacs qui a prévu des prohibitions similaires³¹⁸¹, et également lors de celle du 17 mai 2013 relative au mariage des personnes de même sexe³¹⁸².

800. L'actualisation de l'objectif à travers l'interprétation historique ou évolutive. Dans un sens différent de ce qu'on a appelé « l'interprétation historique » au sens de la référence aux travaux préparatoires, ce type d'interprétation est davantage contextuel et s'attache à déterminer dans quelle mesure « le sens de la loi évolue avec les besoins sociaux »³¹⁸³. Une telle méthode semble indiquée pour déceler l'évolution des objectifs de la loi : elle permet encore une fois l'adaptation éventuelle d'un objectif de la règle qui serait devenue obsolète. L'actualisation de l'objectif poursuivi par l'article 161 du code civil s'inscrit dans cette logique³¹⁸⁴.

801. L'interprétation téléologique ou l'articulation du sens de la règle autour de son but : une utilité incertaine. L'interprétation « téléologique » peut également se rattacher à l'interprétation évolutive³¹⁸⁵ : elle conduit à adapter le sens de la règle à travers l'objectif qu'elle poursuit. À première vue, cette méthode pourrait sembler tout indiquée pour la recherche de l'intérêt général car elle est très centrée sur le but. Cependant, elle semble moins dirigée vers la recherche de l'objectif de la loi, que vers son utilisation pour en éclairer le sens. Elle suppose en effet d'avoir préalablement identifié l'objectif. Son usage pour éclairer le but poursuivi par la loi n'est donc pas aussi évident qu'il apparaît au premier abord.

³¹⁷⁹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 166, p. 281.

³¹⁸⁰ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 452 et s., p. 208 et s.

³¹⁸¹ Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité et notamment, art. 515-2 c. civ., en particulier 1° : « À peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité : 1° Entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus [...] ». V. D. Fenouillet, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel... », *art. préc.*, n° 95.

³¹⁸² F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 4 ; v. loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, exposé des motifs.

³¹⁸³ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique...*, *op. cit.*, n° 169, p. 286.

³¹⁸⁴ V. *supra*, n° 798.

³¹⁸⁵ F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 627, p. 855.

§2. LA PREUVE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL CONCRET

802. L'identification de l'intérêt général est le point de départ du raisonnement du juge. Il s'agit de donner un contenu à la notion, en d'autres termes, de déterminer l'intérêt général substantiel. Or, qu'il s'agisse d'une pétition de principe ou que le juge n'explique pas son raisonnement en la matière³¹⁸⁶, il est délicat de savoir exactement ce qui fonde la détermination de l'intérêt général par le juge dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle l'identification de l'intérêt général doit faire l'objet d'une étape distincte dans le raisonnement.

803. La mise en œuvre de règles de preuve de l'intérêt général. Les juges doivent construire, expliciter et appliquer les règles relatives à la preuve de l'intérêt général concret, avec la même rigueur qu'ils le feraient pour n'importe quel autre élément de la cause³¹⁸⁷. Le juge a plus de chances de mettre en œuvre l'intérêt général s'il a procédé à une recherche détaillée qui lui donne une véritable place dans le litige. L'enjeu d'intérêt général concret doit être démontré avec précision par celui qui supporte la charge de la preuve, en s'appuyant sur des éléments de la loi, sur des décisions ou arrêts antérieurs, ou sur des travaux de doctrine³¹⁸⁸. Cette étape ne concerne que le contrôle de conventionnalité, le contrôle de constitutionnalité n'intégrant pas de raisonnement *in concreto*.

804. La protection de l'intérêt général par les justiciables ? Cette question soulève sans aucun doute le problème, précédemment évoqué, de la légitimité des particuliers à défendre l'intérêt général, en particulier lorsqu'ils trouvent eux-mêmes un intérêt particulier à l'application de la loi³¹⁸⁹. Ces réflexions rejoignent celles du professeur François Chénéde sur ce qu'il appelle une « requête dans l'intérêt de la loi » devant la Cour européenne³¹⁹⁰, comme remède à la situation de l'ex-époux déçu de l'arrêt du 4 décembre 2013³¹⁹¹. Peut-on accepter que des particuliers, en dehors du cas des associations, puissent se faire les procureurs de

³¹⁸⁶ V. *supra*, n° 272.

³¹⁸⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 311 et s.

³¹⁸⁸ V. *supra*, n° 311 et s.

³¹⁸⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 378.

³¹⁹⁰ F. Chénéde, « Des dangers de l'équité... », *art. préc.*, n° 8 : « Nous ne voyons donc qu'une seule voie de secours pour le fils déçu : la saisine de la CEDH. Sur quel fondement ? Il pourrait être tenté, à son tour, d'invoquer le droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8§1, de la Convention EDH. Nous lui proposerions pourtant volontiers une autre voie, plus originale, voire inédite : l'article 8, mais §2, de la Convention EDH, qui rappelle que la "loi" peut limiter le droit au respect de la vie privée et familiale pour assurer "la protection de la santé ou de la morale" ou "la protection des droits et libertés d'autrui", c'est-à-dire, précisément, les objectifs poursuivis par le législateur français lorsqu'il a décidé de soumettre la nullité du mariage entre alliés (art. 161 c. civ.) au délai de trente ans (art. 184 c. civ.). Une requête dans l'intérêt de la loi devant la CEDH. Voilà qui ne manquerait pas de panache ! ». *Contra* J.-P. Marguénaud, « Le sauvetage magistral... », *art. préc.*

³¹⁹¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

l'intérêt général ? Il semble que la Cour de cassation l'ait admis, dans un arrêt du 14 octobre 2020³¹⁹². Le caractère inédit de la situation pourrait le justifier, de la même manière que l'on admet les recours dans l'intérêt général de certaines associations, lorsque l'enjeu d'intérêt général défendu correspond à leur objet social³¹⁹³. Cependant, la situation est différente lorsqu'elle concerne des personnes : si l'autorisation de poursuivre certains enjeux d'intérêt général est justifiable en raison de l'objet social des associations, elle apparaît plus discutable en ce qui concerne une personne, qui endosserait alors le rôle d'une sorte de « procureur privé »³¹⁹⁴.

805. Conclusion de la section. L'intérêt général peut se situer à différents niveaux de la règle – dans le mécanisme de la règle comme dans son existence même, dans le principe comme dans l'exception, dans les règles impératives comme dans les règles supplétives – et à ce titre, une même norme peut faire l'objet de divers griefs au regard des droits fondamentaux. Avant de mettre en œuvre l'intérêt général dans le raisonnement, le juge doit consolider la méthode qui lui permettant d'identifier son contenu. Pour cela, il peut avoir recours aux méthodes classiques d'interprétation traditionnellement destinées à éclairer le sens de la loi. Si certaines méthodes sont sans doute impuissantes pour la recherche de l'objectif poursuivi par la règle, d'autres, telles que les méthodes exégétique, systémique, évolutive ainsi que la libre recherche scientifique peuvent éclairer le juge sur le but de la règle et le confronter à l'intérêt général afin de mesurer sa légitimité.

806. La reconstruction du raisonnement ne doit pas simplement concerner l'identification de l'intérêt général, mais également son maniement.

SECTION 2 : LA RECONSTRUCTION DE L'UTILISATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

807. Contrôle abstrait et contrôle concret. Pour ce qui est du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité, le contrôle n'est jamais concret ; il s'agit pour la Cour de cassation d'effectuer un pré-contrôle, également abstrait, si l'on omet l'étape d'applicabilité de la disposition contestée au litige. À l'inverse, la Cour de cassation met souvent en œuvre un double contrôle dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi il est important de rationaliser et de « rééquilibrer » le raisonnement et notamment

³¹⁹² Civ. 1^{re}, 14 oct. 2020, 19-15.783.

³¹⁹³ C. Chainais *et al.*, *Procédure civile, op. cit.*, n° 215, p. 195.

³¹⁹⁴ Sur cette difficulté, v. C. Chainais *et al.*, *Procédure civile, op. cit.*, n° 200, p. 178.

l'étape de la balance des intérêts³¹⁹⁵. Pour cela, l'analyse de l'objectif poursuivi constitue une étape incontournable³¹⁹⁶. Il convient de « systématiser » le contrôle³¹⁹⁷ par l'amélioration de la motivation du contrôle de l'intérêt général³¹⁹⁸ et « l'uniformisation » du mode de raisonnement³¹⁹⁹ devant tous les juges susceptibles de mettre en œuvre l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux.

808. Les difficultés liées à la balance des intérêts. On a beaucoup reproché à la Cour européenne son manque de méthode et la « casuistique méthodologique »³²⁰⁰ liée à sa pratique qui « semble préférer le “flair”, la radicale empirie, à la méthode »³²⁰¹. En effet, dès qu'une méthode émerge, il semble qu'elle ne soit pas suivie dans la pratique³²⁰². Cette « aporie » méthodologique n'apparaît pas spécifique à la Cour européenne et concerne également d'autres cours appliquant la balance des intérêts³²⁰³. Utilisée par la Cour de cassation, la proportionnalité au sens strict donne également une forte impression d'imprévisibilité. Le contrôle effectué par la Haute juridiction dans le cadre du filtre de la question prioritaire de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité, bien que de plus en plus rationalisé, demeure trop aléatoire : les éléments ne sont pas toujours étudiés de la même façon, ni dans le même ordre, ni avec la même intensité, sans que pour autant cela semble résulter d'un véritable choix de la part des juges. Pour être convaincant, le raisonnement doit être détaillé et teinté d'une certaine automaticité. La méthode gagnerait à se systématiser. Certains estiment même que cette rationalisation est la clé de la restauration de l'autorité de la Cour de cassation³²⁰⁴.

809. Le syllogisme en danger ? Le contrôle de proportionnalité annonce-t-il la fin du syllogisme ? C'est la question que se posent de nombreux auteurs³²⁰⁵. Il est légitime de

³¹⁹⁵ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 907, p. 596 : « À défaut de pouvoir être parfaitement équilibrée, la balance doit être au moins configurée de telle manière à prendre en compte la structure du conflit et la nature de ce qui est reproché à l'État ». Il faut donc identifier « l'objet des droits en conflits » (n° 912 et s., p. 598 et s.), le « statut des titulaires de droits » (n° 923 et s., p. 606 et s.), la « gravité des ingérences » (n° 976 et s., p. 644 et s.) et enfin la « fonction des droits » (n° 988 et s., p. 651 et s.).

³¹⁹⁶ *Ibid.*, n° 874, p. 577 et 578.

³¹⁹⁷ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 392 et s., p. 180 et s.

³¹⁹⁸ *Ibid.*, n° 392 et s., p. 180 et s.

³¹⁹⁹ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 399 et s., p. 183 et s.

³²⁰⁰ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 421, p. 306.

³²⁰¹ *Ibid.*, n° 422, p. 306.

³²⁰² *Ibid.*, n° 380 à 387, p. 277 à 279.

³²⁰³ *Ibid.*, n° 387, p. 279.

³²⁰⁴ H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle... », *art. préc.*

³²⁰⁵ V. not. P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015.902 ; P.-Y. Gautier, « Du nouveau gouvernement des juges », *art. préc.*, spéc. p. 57 et s. ; C. Jamin, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015.263 ; P.-Y. Gautier, « Contre la “balance des intérêts”... », *art. préc.*, n° 5 et 6 ; A. Debet, *thèse préc.*, n° 256, p. 275 : l'auteur présente le syllogisme comme incompatible avec la proportionnalité. V. aussi C. Jamin, « Cour de cassation : une question de motivation », *art. préc.* Certains se félicitent de l'évolution : J.-P. Chazal, « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016.121.

s'interroger : en effet, au lieu d'appliquer une règle générale à un cas particulier pour en déduire une solution, le contrôle de proportionnalité au regard des droits fondamentaux se propose d'interroger le bien-fondé de la règle générale. Cette dernière devient en effet source de méfiance ; une telle attitude s'étend à l'intérêt général qui la fonde. Le syllogisme, en tant qu'il se réfère à la loi comme règle à suivre, donne une place prééminente à l'intérêt général ; il se garde même de le nommer et de le remettre en cause. Il met particulièrement à l'honneur la règle générale par rapport au cas particulier, à la différence du contrôle de proportionnalité qui se propose de mettre en balance l'intérêt général avec les intérêts particuliers en les considérant *a priori* comme équivalents. Certains s'interrogent sur le risque d'affaiblissement que pourrait subir le syllogisme sous l'influence du contrôle de proportionnalité³²⁰⁶ ; d'autres se félicitent du passage du raisonnement syllogistique « dogmatique »³²⁰⁷, à l'approche « dialectique » du contrôle de proportionnalité, qui se présente dès lors également comme un instrument de « persuasion »³²⁰⁸. Il convient toutefois de relativiser la distinction entre les deux raisonnements : le syllogisme n'a sans doute pas la rigueur qu'on lui prête, ne serait-ce qu'en raison de l'interprétation, qui laisse nécessairement place à la souplesse et à l'appréciation du juge³²⁰⁹. Le professeur Charles-Albert Morand considère ainsi que le syllogisme procède d'une « petite balance d'intérêts » rendue nécessaire par l'interprétation, tandis que le contrôle de proportionnalité relève d'une « grande balance d'intérêts »³²¹⁰.

810. Compatibilité entre le contrôle de conformité au regard des droits fondamentaux et le syllogisme. Le syllogisme n'apparaît pas en soi incompatible avec la mise en œuvre des droits fondamentaux³²¹¹, dont il peut même être l'outil. Monsieur Jean-Baptiste Duclercq estime même que le contrôle de constitutionnalité revient à un syllogisme dont la majeure est la règle constitutionnelle, et la mineure la loi contrôlée³²¹². Il souligne d'ailleurs les difficultés d'un tel raisonnement, en raison de la « largesse de l'écart matériel

³²⁰⁶ P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », *art. préc.* ; P.-Y. Gautier, « Du nouveau gouvernement des juges », *art. préc.*, spéc. p. 57 et s. ; C. Jamin, « Juger et motiver », *art. préc.* ; P.-Y. Gautier, « Contre la “balance des intérêts”... », *art. préc.*, n° 5 et 6 ; A. Debet, *thèse préc.*, n° 256, p. 275. V. aussi C. Jamin, « Cour de cassation : une question de motivation », *art. préc.*

³²⁰⁷ P. Muzny, *thèse préc.*, n° 35, p. 49.

³²⁰⁸ *Ibid.*, n° 36, p. 49 et n° 37, p. 50 : l'auteur considère même que le raisonnement dogmatique et en particulier le syllogisme « n'est qu'un mythe » et qu'« il n'est en réalité quasiment jamais utilisé » (n° 60, p. 63). Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que cette évolution pourrait conduire le juge à « créer la majeure » (L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*, spéc. p. 1403).

³²⁰⁹ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 399, p. 286 et 287.

³²¹⁰ C.-A. Morand, « Pesée d'intérêts... », *art. préc.*, p. 46.

³²¹¹ N. Fricero, « Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation – Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ? », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 30 et s., n° 6, p. 32.

³²¹² J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 340 et s., p. 158 et s.

séparant les prémisses mineure et majeure »³²¹³. En effet, le caractère « détaillé »³²¹⁴ des lois par rapport au caractère « indéterminé » des normes de droits fondamentaux³²¹⁵ accroît l'« incertitude » quant à la conclusion³²¹⁶.

811. Complémentarité du syllogisme et de la balance des intérêts. En cas d'incompatibilité de la norme contrôlée, la règle générale risque d'être écartée. Cependant, c'est la *règle* qui serait écartée, et non la *méthode de raisonnement* : le juge, tenu par l'interdiction du déni de justice, serait en effet bien obligé de statuer, même en cas d'incompatibilité de la norme avec les droits fondamentaux. Les deux raisonnements ne sont pas nécessairement incompatibles : tout se passe comme si le contrôle de la loi s'intégrait au syllogisme. Seule la loi conforme aux droits fondamentaux peut être appliquée. Il n'est ainsi pas absurde d'allier les deux raisonnements afin de conserver une certaine prévisibilité des solutions³²¹⁷.

812. Dans toutes les étapes de la proportionnalité, l'intérêt général doit retrouver sa place. Il constitue en effet l'un des éléments centraux du raisonnement de proportionnalité³²¹⁸. Il doit donc être correctement utilisé, que ce soit dans le contrôle de l'adéquation (§1), de la nécessité (§2), ou dans l'étape autrement plus délicate de la proportionnalité au sens strict (§3).

§1. LE CONTRÔLE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS L'ÉTAPE D'ADÉQUATION

813. La mise en œuvre de l'intérêt général dans l'étape d'adéquation. Le contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux, qu'il soit concret ou abstrait, implique l'examen de l'adéquation. Il s'agit de vérifier que la mesure prise, par hypothèse attentatoire aux droits fondamentaux, est bien apte à poursuivre l'objectif qu'elle se fixe. L'adéquation s'apparente ainsi à une sorte de recherche de l'efficacité³²¹⁹ de la mesure : quitte à porter atteinte aux droits fondamentaux, autant s'assurer que la mesure est de nature à atteindre le but légitime poursuivi. L'intérêt général doit donc être mis en rapport avec la mesure, afin de vérifier la « cohérence »³²²⁰ du mécanisme. Ainsi, une vérification formelle et explicite de cet élément serait bienvenue, et ce dans le contrôle du respect des droits et libertés garantis par la Constitution ou par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce dernier cas, la

³²¹³ J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 340 et s., p. 158 et s.

³²¹⁴ *Ibid.*, n° 342 et s., p. 158 et s.

³²¹⁵ *Ibid.*, n° 350 et s., p. 162 et s.

³²¹⁶ *Ibid.*, n° 357 et s., p. 165 et s.

³²¹⁷ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 402, p. 289.

³²¹⁸ V. *supra*, n° 169 et s.

³²¹⁹ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 185 et 186 : l'auteur parle quant à lui « d'efficience ».

³²²⁰ A. Vidal-Naquet, *mémoire préc.*, p. 71 à 76 ; G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 44 ; J.-B. Duclercq, *thèse préc.*, n° 254 et s., p. 118 et s.

vérification doit être à la fois abstraite et concrète : elle doit s'atteler à l'examen de l'adéquation de la règle en elle-même, ainsi que de celle de son application à l'espèce.

§2. LE CONTRÔLE DE LA NÉCESSITÉ DANS LE RESPECT DE LA COMPÉTENCE

DU LÉGISLATEUR

814. La mise en œuvre de l'intérêt général dans l'étape de la nécessité. Il s'agit ici pour le juge de s'assurer que la mesure est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt général. Ce dernier constitue donc ici encore un élément central du raisonnement qu'il convient de mettre à l'honneur. Dans le cadre du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne, la nécessité doit être envisagée abstraitement et concrètement.

815. La limitation à la nécessité restreinte ? Dans ce contexte de mise en œuvre mesurée de la nécessité, peut-être faut-il s'en tenir à la nécessité « restreinte »³²²¹, au sens où l'entend la professeure Valérie Goesel-Le Bihan³²²². En effet, l'étude de la nécessité doit s'en tenir à une forme d'adéquation plus poussée, dans une recherche de l'efficacité de la mesure, sans aller jusqu'à la recherche d'une mesure alternative moins attentatoire aux droits et libertés. En ce sens, la nécessité restreinte est parfois délicate à distinguer de l'adéquation.

816. La nécessité au sens large : un outil potentiel de protection des droits fondamentaux respectant l'intérêt général. La nécessité entendue « largement »³²²³ est parfois critiquée en raison de son empiètement potentiel sur la compétence du législateur ; le professeur Édouard Dubout parle à ce sujet de « vice structurel » du contrôle de proportionnalité³²²⁴. Le juge pourrait en ce sens s'inspirer de la formule classique du Conseil constitutionnel en la matière lorsqu'il affirme qu'il « ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que le Parlement ». Toutefois, la nécessité au sens large peut avoir pour vertu de proposer déjà une forme de réparation de l'atteinte aux droits fondamentaux. En effet, en proposant une alternative de nature à ne pas porter d'atteinte démesurée aux droits fondamentaux tout en atteignant l'objectif poursuivi, le juge pourrait offrir un compromis favorable au maintien de la loi. Utilisée judicieusement, elle peut être un outil d'atténuation des effets de la loi, tout en préservant l'intérêt général. Cependant, il faudrait sans doute s'en tenir

³²²¹ V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *art. préc.*, spéc. p. 3.

³²²² *Ibid.*

³²²³ *Ibid.*

³²²⁴ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 185.

à une approche de la nécessité étendue mais manifeste, dans laquelle la solution alternative s'imposerait de manière évidente.

817. Nécessité étendue et questions de société. Le contrôle de la nécessité dans son sens large est celui qui peut confiner à l'examen par le juge des « questions de société », c'est-à-dire de ce qui relève du cœur même de la mission du législateur en raison du caractère très politique des choix qu'il effectue dans ce domaine. Le rattachement des questions de société aux droits fondamentaux apparaît en effet assez discutable : la liberté d'interprétation qu'ils offrent ne semble pas permettre de trancher de tels débats³²²⁵. L'appréhension de telles questions par les droits fondamentaux apparaît donc arbitraire. Pour l'instant, le juge, sous réserve de la Cour européenne des droits de l'homme, semble se garder de tout contrôle sur ces lois. Le juge de Strasbourg, qui pratique le contrôle étendu de la nécessité, semble le plus intrusif dans les choix de société. Le contrôle de la nécessité devrait donc être limité au manifeste afin de ne pas empiéter sur une compétence réservée au législateur.

818. Illustration du refus de la nécessité étendue : les « questions de société » devant le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel s'astreint à « l'absence de tout contrôle des “considérations éthiques et sociales” »³²²⁶ : il s'agit de la partie des objectifs poursuivis par le législateur qui relève exclusivement de sa compétence et à laquelle le Conseil ne touche pas³²²⁷. C'est ce qui justifie la retenue du Conseil constitutionnel sur les questions dites « de société ». Ainsi par exemple, dans la décision relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le Conseil constitutionnel marqua distinctement la différence entre sa compétence et celle du législateur. Après avoir rappelé un extrait du texte de l'article 34, il cita sa première formule classique : « il est à *tout moment loisible* au législateur, statuant *dans le domaine de sa compétence*, d'adopter des *dispositions nouvelles* dont il *lui appartient d'apprécier l'opportunité* et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, *dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »³²²⁸ et que par conséquent, « en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent

³²²⁵ V. *supra*, n° 32 et n° 552.

³²²⁶ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-4, p. 200 ; V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de l'objectif poursuivi... », *art. préc.*, spéc. p. 273.

³²²⁷ V. Goesel-Le Bihan, *Contentieux constitutionnel, op. cit.*, n° 154-4, p. 200.

³²²⁸ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, cons. 14, nous soulignons.

accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; [...] *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation* »³²²⁹. Le Conseil constitutionnel laisse le législateur entièrement libre de statuer sur les questions de réformes sociétales pour lesquelles il ne s'estime, à raison, pas compétent. Une même réserve semble se manifester au sujet des questions à forte coloration politique³²³⁰.

819. Le refus d'examen des « questions de société » dans le cadre du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité. Le caractère sérieux de la question, lorsqu'il est constaté par la Cour de cassation, appelle peu de commentaires et de justifications : craindrait-elle d'aller trop loin dans son appréciation et d'empiéter sur le territoire du Conseil constitutionnel ? Sur les questions très politiques, la Cour de cassation se décharge également sur le Conseil constitutionnel, ce qui peut sembler surprenant étant donnée l'attitude classique de ce dernier face aux questions délicates de société. C'est ainsi que la Cour de cassation déclara, pour justifier la transmission d'une question sur l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe : « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un *large débat dans la société*, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; [...] comme telles, elles présentent un caractère nouveau [...] »³²³¹. À l'image du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation limite son appréciation pour les questions qui sont exclusivement de la compétence du législateur.

820. Le cas des « questions de société » devant la Cour européenne. Si certains auteurs affirment, à la suite de la Cour elle-même³²³², que les « questions de société » n'entrent pas dans sa sphère de contrôle, la réalité est tout autre et ce pour au moins deux raisons³²³³. Tout d'abord, la Cour européenne ne s'abstient jamais totalement du contrôle, même lorsqu'elle reconnaît une ample marge d'appréciation à l'État, y compris dans le cadre de ce qu'elle appelle

³²²⁹ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, cons. 22, nous soulignons.

³²³⁰ G. Merland, *thèse préc.*, p. 294 : donne l'exemple des découpages de circonscriptions électorales.

³²³¹ Civ. 1^{re}, 16 nov. 2010, n° 10-40.042, (nous soulignons) décision de renvoi de Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC.

³²³² F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 52 ; J.-P. Marguénaud, « Techniques de contrôle et questions de société », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goessel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018 : l'auteur affirme que la Cour est « réservée » sur le sujet mais souligne ensuite que cette position pourrait évoluer.

³²³³ Notamment parce qu'elle refuserait le contrôle de la nécessité étendue dans ce cas : F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 48.

les « questions morales et éthiques délicates »³²³⁴. Ensuite, il est illusoire d'affirmer que le cantonnement au contrôle *in concreto*, en tant qu'il se limite à l'appréciation de l'affaire soumise à la Cour, n'exerce pas d'influence sur la validité abstraite de la règle au regard de la Convention : le contentieux de la gestation pour autrui et les répercussions sur le droit français en sont un exemple éclatant. À travers la mise en balance des intérêts, et bien qu'elle ne remette pas directement en cause l'objectif poursuivi par la règle, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce sur les règles nationales, sans égard pour la limite de ce que l'on appelle les « questions de société ». Sa retenue n'est au mieux qu'occasionnelle ou de façade³²³⁵.

821. La réticence de la Cour de cassation face aux « questions de société » dans le contrôle de conventionnalité. Lorsque la Cour de cassation est saisie d'une question qui relève d'un sujet de société sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, elle renvoie, à la manière du Conseil constitutionnel, au législateur. Ce fut le cas pour l'arrêt dit du *Mariage de Bègles* en 2007, où les demandeurs au pourvoi soutenaient que l'annulation d'un mariage contracté par deux hommes portait atteinte aux articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme : la Cour de cassation jugea que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »³²³⁶. De même, dans un arrêt du 4 mai 2017, relatif à la mention du sexe neutre dans un acte d'état civil, les juges renvoyèrent implicitement au législateur : « si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil

³²³⁴ V. sur la marge d'appréciation de la Cour européenne F. Chénéde, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée*... », *art. préc.*, n° 5, *contra* F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 52.

³²³⁵ *Contra* F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité... De quoi est-il question ? », *art. préc.*, n° 52 : « On se bornera à dissiper l'idée fautive, parfois brandie pour dénoncer l'influence pernicieuse de la jurisprudence européenne, selon laquelle la Cour européenne, dans des affaires mettant en jeu "des questions morales ou éthiques délicates", se substituerait volontiers au législateur national pour lui imposer ses propres "choix de société". La jurisprudence la plus récente prouve qu'il n'en est rien et que, bien au contraire, la Cour européenne se montre très prudente lorsqu'elle a à connaître de difficiles questions de société [...] et choisit, dans le respect du principe de subsidiarité, de laisser la main au législateur national, conférant à l'État une large marge d'appréciation, sous réserve, toutefois, de ne pas transgresser l'interdiction de discrimination ». V. aussi F. Sudre, « Chronique de droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2006.I.109 : « le juge européen pratique ici une interprétation évolutive forcenée qui paraît devoir plus à « l'air du temps » qu'au raisonnement juridique. Outre que la solution retenue paraît être de nature à "fragiliser l'ordre public familial", elle fait surtout litige du principe même de subsidiarité, dont la Cour n'hésite pas pourtant à rappeler, quand cela lui semble opportun, qu'il joue un rôle fondamental et qu'il convient, alors, "d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national" lorsque sont en jeu des questions de politique générale "sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique" ».

³²³⁶ Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627.

poursuit un *but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique*, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et *impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination* »³²³⁷.

§3. LA MISE EN ŒUVRE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LA BALANCE DES INTÉRÊTS

822. La balance des intérêts, aussi appelée proportionnalité au sens strict, correspond à la dernière étape du raisonnement de proportionnalité. C'est aussi celle dans laquelle l'intérêt général, même considéré comme légitime et porteur d'un enjeu satisfaisant, s'efface le plus souvent face aux intérêts particuliers. C'est la raison pour laquelle il faut, dans le raisonnement de proportionnalité, en particulier *in abstracto*, redonner sa place à cet élément central de la décision du juge quant à la conformité de la loi (A). Il doit également s'intégrer dans le raisonnement *in concreto*, sous une forme concrétisée (B). Enfin, il pourrait être utile d'ajouter une étape de théorie du bilan, afin d'aider le juge à trancher le litige et à identifier les inconvénients de chaque solution (C).

A. L'intérêt général abstrait dans le contrôle *in abstracto*

823. Le législateur, responsable de la toute première balance abstraite des intérêts. Il faut avant tout que le législateur lui-même soit encouragé à effectuer abstraitement une telle mise en balance, quitte à la faire apparaître dans les travaux préparatoires afin de guider le juge. Tout se passe comme si le législateur se voyait peu à peu chargé d'une obligation de motivation. Il s'agirait pour lui tout d'abord d'identifier les droits fondamentaux et autres intérêts que la loi édictée pourrait venir bousculer et d'explicitier la décision prise en ce sens³²³⁸. Il procéderait à l'avance à une balance des intérêts justifiant son choix et permettant de poser les principes et les exceptions ; dans la mesure du possible, il soulèverait les intérêts abstraits concurrents à celui qui guide l'édition de la règle. Le législateur peut également insister dans les motifs ou travaux préparatoires sur l'importance particulière d'un enjeu d'intérêt général en raison de certaines circonstances, ce qui peut donner un indice au juge quant à sa place dans la balance des intérêts. Le juge pourrait d'ailleurs faire une référence explicite aux travaux préparatoires.

³²³⁷ Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17.189, nous soulignons.

³²³⁸ Sur les « études d'impact conventionnelles » v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 263 et s., p. 402 et s.

824. La balance des intérêts par le juge : mettre véritablement en balance l'intérêt général. Cette étape est la plus délicate. La recherche de l'équilibre abstrait de la règle doit s'appuyer sur les motifs du législateur et prendre en compte toutes les contraintes que ce dernier devrait avoir déjà identifiées : le législateur pourrait en effet se livrer à de véritables « études d'impact conventionnelles »³²³⁹. Dans l'hypothèse d'une loi pour laquelle les différents intérêts n'auraient pas fait l'objet d'une balance explicite, le juge pourrait employer son pouvoir d'interprétation et soulever les différents intérêts pour effectuer une appréciation de la balance abstraite au regard du droit fondamental en présence. Ainsi, le juge doit se poser plusieurs questions : le conflit entre l'intérêt général et l'intérêt particulier a-t-il préalablement été envisagé par le législateur ? Si oui, quelle réponse avait-il prévu d'y apporter et cette dernière est-elle satisfaisante ? Si ce conflit n'a pas été envisagé par le législateur, est-ce pour de bonnes raisons – la demande est-elle dilatoire, abusive ou hors de propos³²⁴⁰ ? Si le conflit est sérieux, peut-il être résolu par une interprétation conforme de nature à ne pas remettre en cause la loi³²⁴¹ ? Si la loi est effectivement injuste, il conviendra de la déclarer inconstitutionnelle et de l'écarter pour le litige. Le contrôle *in concreto* ne sera pas alors nécessaire.

B. L'intérêt général concret dans le contrôle *in concreto*

825. Le cas de la loi conforme à la Convention : l'étape du contrôle *in concreto*. Cette étape ne concerne que la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, le filtre de la question prioritaire de constitutionnalité étant nécessairement réduit à un contrôle abstrait. Ainsi, dans l'hypothèse où la loi est conforme à la Convention, il convient pour le juge de vérifier la conventionnalité de son application au cas d'espèce. Peut-être la solution devrait-elle être davantage axée sur la mise en balance de *tous* les intérêts concrets, au lieu de procéder, comme le fait le juge à l'heure actuelle, à une sélection – volontaire ou involontaire, consciente ou inconsciente – des intérêts à mettre en balance. Il doit donc identifier ce qui relève de l'intérêt général concret. Il peut ensuite s'incarner dans les intérêts de celle des parties qui bénéficierait de l'application de la loi : l'intérêt général concret se manifeste en effet par l'application à l'espèce de l'objectif poursuivi par la loi et la façon dont il s'intègre au litige.

³²³⁹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 265, p. 404.

³²⁴⁰ Une telle question est une sorte d'équivalent l'examen du caractère « sérieux » de la question prioritaire de constitutionnalité.

³²⁴¹ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 186, p. 194 et n° 351 et s., p. 347 et s. Sur ce point, v. *infra*, n° 877.

C. L'intérêt général dans la théorie du bilan pour compléter le contrôle in concreto

826. La théorie du bilan pour compléter l'actuel contrôle de proportionnalité. Le raisonnement de proportionnalité devant le juge judiciaire pourrait bénéficier de l'ajout d'une « théorie du bilan »³²⁴² : les juges pourraient rassembler tous les intérêts en jeu dans le litige, y compris ceux qui découlent de la mise en œuvre de la loi pour réaliser une sorte de bilan des avantages et des inconvénients de son application, qui aiderait à trancher le litige d'un point de vue conventionnel. Outre les intérêts qui interviennent directement dans le litige, on pourrait imaginer de prendre en compte des éléments plus indirects, mettant en jeu les droits fondamentaux afin de mesurer de manière plus complète les effets de l'application, ou au contraire de l'éviction, de la règle. La technique découle de la pratique du juge administratif, depuis la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*³²⁴³. Cet arrêt inaugura le contrôle *in concreto* en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique³²⁴⁴, à travers la « balance des avantages et des inconvénients de l'opération »³²⁴⁵. En effet, il arrive que soient en jeu des intérêts rattachés au litige, qui ne découlent pas directement de l'application de la loi, mais qui en résultent indirectement. Un litige peut en effet comporter une part de conflit de droits fondamentaux qui, en raison de la présentation du débat comme un affrontement entre la loi et le droit ou la liberté, n'est pas pris en compte par le juge³²⁴⁶. Dit autrement, ce n'est pas parce qu'un litige conduit le juge à remettre en cause la loi au regard d'un droit fondamental, qu'il ne comporte pas en outre un conflit entre deux droits fondamentaux. L'existence d'un conflit « vertical » n'exclut pas celle d'un conflit « horizontal », et inversement³²⁴⁷. Il importe donc de prendre en compte l'ensemble du litige dans toute sa complexité. Ainsi, l'ajout à la balance des intérêts d'une théorie du bilan rassemblant tous les intérêts des parties, le cas échéant soutenus par les droits fondamentaux, pourrait constituer pour le juge une aide à la décision. Prenons un

³²⁴² Pour une présentation en droit administratif, v. B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 1165, p. 1567 : l'auteur considère qu'il s'agit d'un contrôle « normal » ; *contra* B. Seiller, *Droit administratif – Tome 2, op. cit.*, p. 271 et s., qui le classe au contraire dans le contrôle « restreint ».

³²⁴³ CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, n° 78825. V. B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 1165, p. 1567 : l'auteur considère qu'il s'agit d'un contrôle « normal » ; *contra* B. Seiller, *Droit administratif – Tome 2, op. cit.*, p. 271 et s., qui le classe au contraire dans le contrôle « restreint » ; B. Seiller, « Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... », *JCP A* 2012.2316.

³²⁴⁴ P. Delvolvé, M. Long, P. Weil, G. Braibant et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23^e éd., 2021, n° 77-3, p. 561.

³²⁴⁵ *Ibid.*, n° 77-4, p. 562 ; B. Seiller, « Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... », *art. préc.*, n° 7 : distingue la définition de « balance » de celle de « bilan », et il considère que la balance ne peut être qu'« abstraite » (ce que nous ne croyons pas dans le cas des droits fondamentaux). Le bilan est, selon l'auteur, « un résultat global, une évaluation d'ensemble ».

³²⁴⁶ P. Ducoyombier, *thèse préc.*, n° 212 et s., p. 130 et s. ; plus récemment, dans le même sens : V. Fourment, *thèse préc.*, n° 271, p. 280 et s.

³²⁴⁷ Sur ce point et sur la remise en cause de la rigidité de la distinction, v. *supra*, n° 240 et s.

exemple : dans l'arrêt du 4 décembre 2013³²⁴⁸, l'ex-époux souhaite faire annuler le mariage entre son ex-épouse et son propre père. Le professeur Hugues Fulchiron souligne dans son commentaire les intérêts qui ne sont pas reproduits dans l'arrêt : « intérêt moral de la fille/petite-fille/belle-fille ; intérêt patrimonial de l'ex-mari/fils »³²⁴⁹. En effet, deux intérêts – au moins – ne furent pas envisagés par les juges dans la balance des intérêts : tout d'abord l'intérêt patrimonial du fils lié à sa part dans la succession, qui aurait pu être défendu sur le fondement de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel, et ensuite l'intérêt de l'enfant issu du premier mariage, ainsi que la confusion qu'entraînait dans son schéma familial le remariage de sa mère avec son grand-père, qui auraient pu être invoqués sur le fondement de l'article 8 de la Convention³²⁵⁰. De même, dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*, les requérants procèdent à l'énumération de toutes les conséquences négatives que le refus de transcription des liens de filiation des enfants engendre de la vie familiale³²⁵¹. Certaines, en tant que conséquences lointaines de l'application de la loi, n'entrent pas directement dans la stricte balance des intérêts : elles pourraient s'intégrer dans un bilan coûts-avantages de l'application de la loi. Une telle présentation pose la question de l'étendue de la saisine du juge. Toutefois, se prononcer sur la conformité de la loi avec des effets *erga omnes*, n'est-ce pas déjà statuer *ultra petita* ?

827. Cas particulier du conflit de droits. En matière de conflits de droits, la mise en œuvre d'un bilan coûts-avantages de l'application de la loi permettrait de faire apparaître le droit fondamental du « défendeur », qui n'apparaît pas nécessairement dans les objectifs poursuivis par la mesure étatique³²⁵². Pour remédier au problème de l'occultation des conflits de droits, la professeure Peggy Ducoulombier propose de qualifier très précisément les conflits de droits afin de les résoudre et de concentrer en quelque sorte l'attention du juge sur cet aspect particulier du litige³²⁵³. Toutefois, il ne faut pas pour autant occulter la composante verticale de ces conflits : dès lors que la loi intervient, elle ne saurait être ignorée pour réduire le litige à un conflit de droits fondamentaux. Le litige doit être abordé dans son intégralité et dans sa complexité. C'est pourquoi il pourrait être intéressant de procéder ici à une transposition de la méthode administrativiste de la théorie du bilan : à l'issue du contrôle de proportionnalité, pour compléter la dernière étape de proportionnalité *stricto sensu*, le juge pourrait rassembler tous

³²⁴⁸ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

³²⁴⁹ H. Fulchiron, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *art. préc.*, n° 1.

³²⁵⁰ *Ibid.*

³²⁵¹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, §68 et *Labassée c. France*, n° 65941/11, §42.

³²⁵² Sur la nécessité de faire apparaître les conflits de droits, v. P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 871 et s., p. 576 et s.

³²⁵³ *Ibid.*, n° 871 et s., p. 576 et s.

les intérêts de toutes les parties, y compris ceux qui ne découlent pas directement de l'application de la loi, et procéder à un bilan des avantages et des inconvénients de sa mise en œuvre en l'espèce.

828. L'ajout d'une étape : la « bilatéralisation » de l'étude des effets. La balance concrète des intérêts revient à effectuer une étude des effets concrets de la mesure étatique sur les droits et intérêts de ceux qui tentent de remettre en cause la loi. Le juge, quitte à effectuer ce genre de raisonnement, ne devrait-il pas envisager les conséquences de la remise en cause potentielle de la loi ou de son éviction, démontrant ainsi l'utilité de l'objectif d'intérêt général porté par la règle ? Cette bilatéralisation de l'étude des effets rejoint la logique de ce que décrit le professeur Emmanuel Jeuland lorsqu'il invite à raisonner davantage par analogie³²⁵⁴. Le juge pourrait ainsi s'employer à comparer les situations avec et sans les lois existantes, afin de réaliser une véritable pesée³²⁵⁵, par l'introduction d'un « quatrième critère »³²⁵⁶ qui consisterait en « une comparaison entre les rapports existants et les rapports qui existeraient si la mesure en jeu était prise, par exemple la nullité du mariage »³²⁵⁷, afin « d'apprécier quel rapport est le plus durable, équilibré et satisfaisant, en somme de se conformer au principe de sécurité des rapports juridiques »³²⁵⁸. Selon le professeur Emmanuel Jeuland, cela permettrait d'échapper au caractère aléatoire du contrôle de proportionnalité : « retenir un contrôle de proportionnalité plus flou fondé essentiellement sur les conséquences et l'utilité laisserait en revanche une marge de manœuvre au juge presque sans limite qui pourrait être destructeur des rapports de droit »³²⁵⁹. L'examen des conséquences de la mise à l'écart de la loi pour l'espèce pourrait ainsi s'intégrer au raisonnement.

829. Conclusion de la section. Pour guider le juge dans la mise en œuvre de l'intérêt général, il convient tout d'abord de faire apparaître la notion à toutes les étapes du raisonnement de proportionnalité, où il se trouve. La véritable utilisation de la notion à toutes les étapes est en effet de nature à l'éclairer, mais également à consolider sa justification et aussi afin de sortir de l'impression de flou que donne parfois l'application du contrôle de proportionnalité par le

³²⁵⁴ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 16, p. 26.

³²⁵⁵ *Ibid.*, n° 17, p. 26.

³²⁵⁶ *Ibid.*, n° 19, p. 26.

³²⁵⁷ *Ibid.*

³²⁵⁸ *Ibid.* Sur l'approche en termes de rapport de droit, v. E. Jeuland et s. Messaï-Bahri (dir.), *Les nouveaux rapports de droit*, IRJS, 2013 et E. Jeuland, « L'école relationniste du droit, la nouaison ? », *Arch. philo. dr.* 2011, t. 54, p. 373 et s.

³²⁵⁹ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 20, p. 26.

juge. L'ajout de la théorie du bilan à la fin du raisonnement peut également contribuer à guider la solution.

SECTION 3 : DES EXEMPLES DE RÉDACTION D'ARRÊTS

830. Afin de mieux prendre en compte l'intérêt général dans le raisonnement, pour son identification et sa mise en œuvre, les juges doivent modifier le mode de rédaction des arrêts. Pour cela, ils peuvent s'appuyer sur des outils employés dans d'autres contextes, au sujet desquels la réflexion fut amorcée dans le cadre des discussions autour de la réforme de la Cour de cassation (§1). Tous ces éléments d'amélioration seront mis en pratique au moyen d'exemples de rédaction d'arrêts (§2).

§1. LES OUTILS FORMELS DE LA RECONSTRUCTION DU RAISONNEMENT

831. Quelques outils, qui ne sont pas nécessairement spécifiques à l'intérêt général et aux droits fondamentaux, pourraient être employés pour améliorer l'identification et la mise en œuvre de l'intérêt général dans le raisonnement du juge. Certains touchent à la sémantique (A), d'autres concernent la procédure et notamment le filtrage des pourvois (C), d'autres encore reposent sur le dialogue des juges (D) et de nouvelles méthodes de motivation (E).

A. Les outils sémantiques

832. La précision du vocabulaire. Pour améliorer la systématisation de son raisonnement, la Cour de cassation doit se doter d'un vocabulaire précis reflétant la reprise à son compte des pratiques du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne. Pour cette dernière, une évolution est déjà visible : les juges mettent en œuvre la distinction entre contrôle *in concreto* et *in abstracto*, ainsi que la notion de « but légitime » en référence à la clause d'ordre public, qu'ils appliquent de plus en plus précisément³²⁶⁰. La Cour de cassation se réfère aussi occasionnellement aux distinctions effectuées par le Conseil constitutionnel entre les motifs d'intérêt général et les objectifs de valeur constitutionnelle. Cette référence aux jurisprudences d'autres cours est encourageante mais doit être systématisée et approfondie.

B. Filtrage des pourvois et intérêt général

833. Le filtrage des pourvois. L'une des solutions envisagées pour implanter le contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation était d'opérer un filtrage plus strict des

³²⁶⁰ *Memento du contrôle de conventionnalité...*, *op. cit.*, n° 75 et s., p. 17 et s. et n° 81 et s., p. 18 et s.

pourvois³²⁶¹, afin de ne soumettre à la Cour de cassation que certaines questions de droit importantes³²⁶². Une telle solution, qui conduisait à réduire l'accès à la Cour de cassation, n'a finalement pas été adoptée ; elle aurait pourtant été le prolongement d'une réforme profonde initiée sur le fondement du contrôle de proportionnalité *in concreto*. Il s'agissait notamment de sélectionner les décisions à partir de « l'importance de la question de droit à juger »³²⁶³. La Cour n'a ni officialisé ni parachevé l'évolution relative à la sélection des pourvois qui lui aurait donné un statut plus proche de celui de la Cour suprême des États-Unis, sans « droit » au pourvoi et dans un rôle normatif assumé³²⁶⁴. À la place, différents « circuits » ont été mis en place pour les pourvois³²⁶⁵ : « les pourvois empruntent l'un des trois circuits suivants : le circuit court qui permet de traiter rapidement les pourvois dont la solution juridique s'impose ; le circuit approfondi, qui concerne les affaires posant une question de droit nouvelle ayant un impact important pour les juridictions du fond ou susceptibles d'entraîner un revirement de jurisprudence ; le circuit intermédiaire qui reçoit toutes les affaires ne relevant ni du circuit court ni du circuit approfondi »³²⁶⁶.

834. Si tous les arrêts mettant en œuvre un contrôle de conventionnalité ne méritent pas le passage par le circuit dit « approfondi »³²⁶⁷, on pourrait imaginer l'employer pour les pourvois contestant la validité d'une loi n'ayant jamais été remise en cause auparavant, ou qui interrogent de façon nouvelle ou inédite l'objectif poursuivi par la loi. La Cour de cassation pourrait ainsi procéder à une étude détaillée de l'intérêt général abstrait de la règle. Cela reviendrait en quelque sorte à introduire un équivalent judiciaire du critère de la nouveauté dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité³²⁶⁸.

³²⁶¹ V. F. Ferrand, « La juridiction suprême judiciaire en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », in *L'accès au juge de cassation*, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), Soc. légis. comp., coll. « Colloques », 2015, p. 148 et s., spéc. p. 154 et s.

³²⁶² « Pour exercer pleinement... », *art. préc.* ; *Rapport de la commission de réflexion...*, *op. cit.*, p. 241 et s. ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 180, p. 276.

³²⁶³ N. Molfessis, « Pour une sélection vertueuse des pourvois », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 16 et s., n° 9, p. 19.

³²⁶⁴ *Ibid.*, n° 1, p. 16.

³²⁶⁵ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 180, p. 278 ; v. aussi « Le nouveau traitement des pourvois à la Cour de cassation – Entretien avec la Première présidente de la Cour de cassation Chantal Arens et Maître François Molinié, avocat aux Conseils », propos recueillis par Laurent Dargent, *D. actu.*, 26 oct. 2021.

³²⁶⁶ « Le nouveau traitement des pourvois... », *art. préc.* Sur ce système, pour une distinction entre un « parcours accéléré », un « parcours simple » pour les questions « disciplinaires, un parcours « simplifié » pour les « questions non sérieuses » et un « parcours approfondi » pour les « questions à forte teneur normative », v. déjà C. Chainais, « À la recherche d'un modèle de cassation... », *art. préc.*, n° 27 et s., p. 47 et s.

³²⁶⁷ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 180, p. 278.

³²⁶⁸ Sur ce critère et sa mise en œuvre, v. *supra*, n° 216.

C. Les ressources du dialogue des juges en matière d'intérêt général

835. Si le dialogue des juges se développe en matière de droits fondamentaux, il demeure discret en matière d'intérêt général. À l'exception de la reprise de quelques éléments de vocabulaire par la Cour de cassation sur le modèle des pratiques du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne, le dialogue semble aussi peu développé que l'est la limite elle-même³²⁶⁹.

836. Le « dialogue » entre le juge interne et le juge européen. Parfois décrit comme une influence, plus ou moins explicite³²⁷⁰, voire une « concurrence », ou même une hiérarchie entre les juridictions³²⁷¹, le dialogue des juges, « spontané » ou « institutionnalisé » par le mécanisme des questions préjudicielles³²⁷², peut prendre des formes multiples³²⁷³. La question se pose de manière particulièrement aiguë dans les rapports entre la Cour de cassation et la Cour européenne : s'il est logique que la Cour européenne se montre moins révérente envers le législateur que les juges internes³²⁷⁴, le développement d'un véritable dialogue des juges pourrait être bénéfique pour protéger la loi interne de la volonté réformatrice de la Cour³²⁷⁵. L'assainissement du dialogue pourrait donc « rééquilibrer » le rapport

³²⁶⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 419 et s.

³²⁷⁰ J. Allard, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, Actes colloque 28 avr. 2006, Univ. libre Bruxelles, *Cah. institut étud. justice*, n° 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 77 et s., spéc. p. 83.

³²⁷¹ *Ibid.*, spéc. p. 78 ; sur la concurrence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, v. également A. Lassalle, « Le contrôle *in concreto*... », *art. préc.* : « Pour le dire autrement, les juges internes s'inscriraient dans une logique de compétitivité induite par la mission, désormais commune, de protection effective des droits et libertés fondamentaux ».

³²⁷² P. de Montalivet, « QPC et “dialogue des juges” », *RFDC* 2018.919, spéc. p. 922.

³²⁷³ Pour une critique, v. B. Bonnet, « Le dialogue des juges, un non-concept », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 81 et s.

³²⁷⁴ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:02:00.

³²⁷⁵ P. Théry, « Méthodologie de la réforme », *art. préc.*, spéc. p. 38-39 : l'auteur fait toutefois remarquer à ce sujet qu'à l'heure actuelle, les rapports entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme ressemblent moins à un « dialogue » entre juge qu'à un « rapport de maître à élève ». V. aussi « Débats », intervention de F. Sudre, in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), Actes journée d'études 10 févr. 2003, Fac. dr., éco. et admin. Univ. Metz, Bruylant, Nemesis, 2004, coll. « Droit et justice », n° 53, p. 109 et s., spéc. p. 110 : il s'agit davantage « d'alignement » du juge interne (sur le dialogue « à deux vitesses » avec l'asymétrie entre la prise en compte interne des juridictions internationales et la prise en compte internationales des juridictions internes, v. C. Drouiller, *thèse préc.*, n° 499 et s., p. 494 et s.), plus que de « coopération » (« Débats », intervention de P. Wachsmann, in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), Actes journée d'études 10 févr. 2003, Fac. dr., éco. et admin. Univ. Metz, Bruylant, Nemesis, 2004, coll. « Droit et justice », n° 53, p. 109 et s., spéc. p. 111). Ainsi, certains voient un dialogue (H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 254) là où d'autre décèlent une contrainte (B. de Lamy, « Dialogue des juges : cadre, enjeu et perplexité », Univ. Toulouse Capitole, 25 mai 2017, p. 6 et 17). V. encore F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:06:24 : « dialoguer, ce n'est pas acquiescer, c'est discuter et même parfois résister, non par principe mais parce qu'on estime que la solution nationale opère un juste équilibre entre les intérêts en présence ».

institutionnel³²⁷⁶. Madame Cécile Berthier propose dans sa thèse de doctorat de mettre en place des outils de dialogue des juges à travers le recours à des « avis de conventionnalité » sollicités auprès des juridictions suprêmes³²⁷⁷, sur le modèle de la pratique des juridictions administratives³²⁷⁸. Les ordres de juridictions judiciaire et administratif gagneraient également à instaurer un dialogue sur leurs pratiques³²⁷⁹.

837. L’alternative de la « résistance ». Peut-être faudrait-il envisager, pour certaines solutions, une forme de « résistance » à la Cour européenne des droits de l’homme par la Cour de cassation³²⁸⁰, à l’image des juges du fond qui parfois résistent à la Cour de cassation ? Certains prétendent en effet de raffermir le principe de subsidiarité par ce moyen³²⁸¹. Ainsi, « en adoptant une telle attitude » de résistance à la Cour européenne, « qui serait naturellement appelée à demeurer exceptionnelle, la Cour de cassation ne violerait pas la Convention, elle l’appliquerait »³²⁸². Ainsi, il serait possible de transposer, à l’échelle des relations entre la Cour européenne et les juridictions françaises, les rapports entre la Cour de cassation saisie pour la première fois, la cour d’appel de renvoi et la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière : la Cour européenne des droits de l’homme pourrait, après avoir statué, renvoyer le litige devant la Cour de cassation. En cas de résistance de cette dernière, la Cour de Strasbourg pourrait être à nouveau saisie pour trancher. La limite d’intérêt général, telle qu’elle

³²⁷⁶ H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 254 : « La voie du dialogue est la voie de la raison. L’instauration d’une sorte de subsidiarité/complémentarité dans le cadre d’un rééquilibrage global des rapports entre juge européen et juges nationaux permettrait à la fois d’éviter une explosion du système et de garantir une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux ». V. aussi C. Berthier, *thèse préc.*, n° 138, p. 223 et s., qui fait une proposition similaire concernant la notion de consensus européen.

³²⁷⁷ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 337 et s., p. 503 et s.

³²⁷⁸ *Ibid.*, n° 339, p. 506 et n° 340 et s., p. 509 et s.

³²⁷⁹ *Ibid.*, n° 344 et s., p. 511 et s.

³²⁸⁰ *Ibid.*, n° 82, p. 145 et ° 307, p. 461 ; v. aussi X. Dupré de Boulois, « Contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

³²⁸¹ F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:06:50 : « de la même manière que la soumission peut encourager la Cour européenne des droits de l’homme à exiger toujours plus, l’opposition peut amener la Cour à se montrer plus respectueuse du principe des subsidiarité et de la marge d’appréciation des États » ; v. aussi F. Chénéde, « Contre-révolution... », *art. préc.*, n° 17 : « C’est donc aux États qu’il appartient de rétablir le rapport de force, non pas pour remettre en cause cette institution essentielle, mais seulement pour lui faire respecter les limites démocratiques de son office. Telle a été l’ambition principale de la Conférence de haut niveau de Brighton, à l’issue de laquelle les États contractants ont proclamé leur attachement, non seulement à la Convention et à ses droits, mais également aux “principes tels que ceux de subsidiarité et de marge d’appréciation”, en invitant la CEDH “à prêter la plus grande attention à ces principes et à les appliquer systématiquement dans ses arrêts” ». L’auteur donne l’exemple de l’arrêt CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12 : il était question d’un contrat de mère porteuse qui, interdit sur le territoire national, avait été effectué à l’étranger, entraînant des poursuites pour les deux requérants. V. aussi H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*, spéc. p. 253 : notamment à travers « la réaffirmation [...] de l’importance des intérêts publics dans la balance des droits et intérêts en présence » car « la Cour n’est pas là pour valider *a posteriori* des situations qui auraient été constituées en violation des règles essentielles du système juridique dont ressortissent les intéressés ». Cependant, certains auteurs doutent de « l’opportunité » et de « l’utilité » d’un tel positionnement v. C. Brenner, « Les différentes missions de la Cour de cassation », *art. préc.*, spéc. p. 38.

³²⁸² F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:07:12.

est envisagée par les États membres, serait ainsi raffermer. Toutefois, la crainte de condamnations par la Cour européenne régulièrement invoquée par la Cour de cassation ne semble pas aller dans ce sens.

D. Les enjeux de motivation

838. L'intérêt général pourrait bénéficier du développement des nouvelles pratiques de motivation de la Cour de cassation. Un tel changement de pratique s'inscrit dans la politique de la « motivation enrichie » développée par la Cour de cassation (1) qui, à la manière de la Cour européenne, entend par ailleurs guider les juges du fond par le recours aux « arrêts-pilotes » (2).

1. La motivation enrichie au service de l'intérêt général

839. Le développement de la motivation enrichie. Comme le législateur, le juge semble aujourd'hui encouragé à justifier davantage ses décisions³²⁸³, dans un souci de « pédagogie », de « persuasion » et de « sécurité juridique »³²⁸⁴. La Cour souhaite étendre cette pratique à quelques situations déterminées, notamment la mise en œuvre des droits fondamentaux, les revirements de jurisprudence ou encore l'interprétation d'un texte³²⁸⁵. La motivation enrichie comporte toutefois des limites dénoncées en doctrine : l'excès de détails nuit à la reproductibilité d'une solution très intimement liée à une espèce particulière³²⁸⁶. En outre, la qualité de la motivation enrichie telle qu'elle est pratiquée à l'heure actuelle ne fait pas l'unanimité³²⁸⁷.

840. Motivation enrichie et intérêt général. La motivation peut constituer un outil pertinent pour intégrer l'intérêt général dans le raisonnement. En effet, la rationalisation de la présentation peut être d'un grand secours pour intégrer effectivement les étapes de raisonnement et guider leur mise en œuvre. Qu'il s'agisse de la pratique du Conseil d'État³²⁸⁸

³²⁸³ M. Dugué et J. Traullé, « Introduction », in *La motivation enrichie des arrêts rendus par la Cour de cassation*, M. Dugué et J. Traullé (dir.), LexisNexis, 2023, p. 1 et s., spéc. p. 1. V. aussi, pour un panorama complet de l'évolution, C. Chainais, « La motivation et le style des arrêts de la Cour de cassation française : vers un changement de paradigme », in *Quel avenir pour les juridictions suprêmes ? Études de droit comparé sur la cassation en matière civile*, C. Chainais, J.-F. Van Drooghenbroeck, A. Saletti et B. Hess (dir.), Bruylant, 2021, p. 443 et s.

³²⁸⁴ *Le mode de rédaction...*, *op. cit.*, p. 2.

³²⁸⁵ *Ibid.*, p. 2.

³²⁸⁶ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.*

³²⁸⁷ V. par ex. A. Etienney-de Sainte Marie, « Contrôle de proportionnalité et motivation... », *art. préc.*

³²⁸⁸ L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.* : « Le contraste qui transparait entre la rigueur du cadre juridique tel que revisité par la Haute juridiction, d'une part, et la motivation succincte qu'elle livre, d'autre part, s'avère d'autant plus regrettable que le Conseil d'État se prononçait au fond et perd une belle occasion de prendre ses responsabilités en indiquant la marche à suivre, à la fois, aux professionnels de santé qui seront amenés à faire application de la règle qu'il a redéfinie, et, aussi, aux juges du fond qui ont vocation à en contrôler la mise en

ou de celle de la Cour de cassation, tous les auteurs s'accordent à dire que la nouvelle méthode du contrôle de proportionnalité doit entraîner un étoffement de la motivation des arrêts, en particulier dans un contexte de « concrétisation du raisonnement »³²⁸⁹. La Cour de cassation s'est ainsi engagée dans un processus d'adoption d'une « motivation enrichie »³²⁹⁰. Ses motifs lapidaires étaient critiqués de longue date³²⁹¹. L'accès facilité aux décisions d'autres cours, plus détaillées, semble par contraste attirer encore davantage l'attention sur la brièveté des raisonnements de la Cour de cassation³²⁹². En outre, le « pouvoir normatif » de la Cour de cassation est aujourd'hui plus largement admis, ce qui la pousse à développer sa jurisprudence de manière visible et « assumée »³²⁹³. La motivation enrichie permettrait donc de « réconcilier » les différentes « missions exercées par la Cour de cassation »³²⁹⁴. C'est ce qui justifie l'abandon de la phrase unique ainsi que les tentatives de la Cour de cassation de détailler davantage son raisonnement³²⁹⁵. De même, les arrêts multiplient les références aux sources, en particulier jurisprudentielles, des propres arrêts de la Cour et de ceux d'autres juridictions, qui fondent la solution³²⁹⁶. Une telle motivation permet de contrer partiellement la crainte d'atteinte à la sécurité juridique³²⁹⁷. Le juge, appelé à effectuer une balance des intérêts à la manière d'un législateur du cas particulier³²⁹⁸, sera ainsi invité à présenter une sorte d'« exposé des motifs » de sa décision³²⁹⁹. Cette nouvelle pratique de motivation s'accompagne également d'une politique de communication à l'égard du public de la part de la Cour de cassation³³⁰⁰. Combinée à la pratique des arrêts-pilotes, la motivation enrichie pourrait orienter la méthode de travail des juges du fond, en éclairant le raisonnement du juge régulateur du droit, en particulier sur la

œuvre. », l'auteur souligne le contraste entre la rigidité de la règle et la faible motivation qui ne semble pas du tout protéger la sécurité juridique.

³²⁸⁹ J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « La concrétisation... », *art. préc.* ; l'idée était déjà évoquée par A. Debet, *thèse préc.*, n° 259 et s., p. 278 et s. ; C. Jamin, « Cour de cassation : une question de motivation », *art. préc.* ; C. Jamin, P. Jestaz et J.-P. Marguénaud, « Révolution tranquille... », *art. préc.*

³²⁹⁰ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 6.

³²⁹¹ P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015.2022 ; N. Fricero, « Pour un meilleur accès... », *art. préc.*, n° 2, p. 30 ; C. Jamin, P. Jestaz et J.-P. Marguénaud, « Révolution tranquille... », *art. préc.*

³²⁹² P. Deumier, « Repenser la motivation... », *art. préc.* ; P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.*

³²⁹³ P. Deumier, « Repenser la motivation... », *art. préc.*, spéc. p. 2023 ; N. Fricero, « Pour un meilleur accès... », *art. préc.*, n° 1, p. 30.

³²⁹⁴ P. Deumier, « Repenser la motivation... », *art. préc.*, spéc. p. 2023.

³²⁹⁵ *Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change*, dossier de presse, 5 avr. 2019, site Internet C. cass., p. 2.

³²⁹⁶ P. Deumier, « Repenser la motivation... », *art. préc.* ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 65, p. 108.

³²⁹⁷ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.*

³²⁹⁸ L. Dutheillet de Lamothé et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*

³²⁹⁹ P. Deumier, « Les motifs des motifs... », *art. préc.*

³³⁰⁰ Sur ce point, v. J. Bonnet, « La politique de rupture... », *art. préc.*

balance des intérêts³³⁰¹. Ces évolutions s'accompagnent de la construction d'une « doctrine du contrôle de proportionnalité commune à toutes les chambres de la Cour de cassation »³³⁰², notamment à travers les travaux préalables des arrêts³³⁰³. Tout serait ainsi conçu pour améliorer l'accessibilité et la prévisibilité du raisonnement. L'enrichissement de la motivation pourrait se combiner avec l'intégration de l'erreur manifeste d'appréciation en tant que nouveau cas d'ouverture à cassation pour le contrôle de la balance des intérêts concrets afin de prémunir la Cour d'une prise en compte excessive de la subjectivité des cas³³⁰⁴.

841. Appliquée à l'intérêt général, la motivation enrichie pourrait lui donner l'importance qu'il mérite dans le raisonnement. Il faudrait pour cela que les juges détaillent le raisonnement leur permettant de déterminer le contenu de l'intérêt général, abstrait et concret, ainsi que sa mise en œuvre dans toutes les étapes du contrôle de proportionnalité de la loi³³⁰⁵.

2. Les arrêts-pilotes comme exemples de mise en œuvre de la limite d'intérêt général

842. La mise en place des « arrêts-pilotes ». La Cour de cassation a mis en place depuis quelques années le système des arrêts dits « pilotes » : à la manière de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit d'arrêts pouvant servir de modèles, notamment par une attention particulière portée aux détails des étapes de raisonnement nécessaires à l'aboutissement de la solution. Cet instrument serait particulièrement adapté pour le contrôle de proportionnalité³³⁰⁶. De tels arrêts auraient pour objectif de limiter le nombre de cassations pour manque de base légale³³⁰⁷. L'idée serait notamment de systématiser les étapes de contrôle et d'offrir aux juges du fond un mode d'emploi du contrôle³³⁰⁸. Le rapport de 2020 sur le

³³⁰¹ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.* ; P. Ducoulombier, « Contrôle de la conventionnalité des lois... », *art. préc.* ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 119, p. 201, v. aussi n° 190 et s., p. 286 et s., avec l'intégration de la pluridisciplinarité : n° 193, p. 292. Cependant la motivation enrichie ne doit pas être systématique : n° 194, p. 295. Sur l'intégration de la pratique des opinions séparées, v. n° 196, p. 303. V. aussi *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, op. cit.*, p. 7 et 8 et p. 32 (il s'agit de la « proposition n° 33 »).

³³⁰² *Rapport de la commission de réflexion pour la réforme de la Cour de cassation*, avr. 2017, site Internet C. cass., p. 24, v. aussi p. 36 et 37 : il s'agit de la « proposition n° 36 » du rapport.

³³⁰³ *Ibid.*, spéc. p. 29.

³³⁰⁴ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.* ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 112, p. 192 et 193. V. *infra*, n° 882.

³³⁰⁵ Pour des exemples de rédaction, v. *infra*, n° 845 et s.

³³⁰⁶ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, op. cit.*, p. 5 et 6 ; C. Azar, « L'intensité du contrôle », *préc.*, env. 1:27:19 ; S. Canas et R. Le Cotty, « Notes sur l'intensité... », *art. préc.*, spéc. p. 13 et 14.

³³⁰⁷ S. Canas et R. Le Cotty, « Notes sur l'intensité... », *art. préc.*, spéc. p. 13 et 14.

³³⁰⁸ *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité, op. cit.*, p. 5 et 6 ; S. Canas et R. Le Cotty, « Notes sur l'intensité... », *art. préc.*, spéc. p. 13 et 14. Nuançant le recours à ce moyen, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 128, p. 215, qui invite à une « intégration précautionneuse » de ces arrêts qui devraient selon elle se limiter à la formation d'Assemblée plénière (n° 128, p. 216). Sur ses doutes quant à la capacité de cette méthode à guider les juges du fond : n° 335, p. 500 et s.

contrôle de conventionnalité en offre plusieurs illustrations³³⁰⁹ dans des « contentieux récurrents »³³¹⁰.

843. Arrêt-pilote et distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret. Il semble cependant que le contrôle *in abstracto* se prête davantage à la pratique de l'arrêt-pilote que le contrôle *in concreto*³³¹¹. Tout dépend du niveau de prise en compte du cas particulier. L'efficacité du modèle varie également selon la règle contrôlée : plus elle est détaillée, plus faible est le risque de différence de résultat entre le contrôle *in concreto* et le contrôle *in abstracto*³³¹².

844. L'arrêt-pilote comme modèle de détermination et de maniement de l'intérêt général. Le recours aux arrêts-pilotes pourrait servir de modèle aux juges du fond pour la détermination et le maniement de l'intérêt général. La Cour de cassation pourrait ainsi donner l'exemple s'agissant du recours aux travaux préparatoires et de la mise en valeur de l'intérêt général dans le raisonnement, afin de lui donner réellement sa place de limite officielle à l'exercice des droits fondamentaux.

§2. LA MISE EN PRATIQUE DE LA RECONSTRUCTION DU RAISONNEMENT

845. Cette présentation demeure très théorique, c'est pourquoi nous proposons ici des exemples de rédaction de décisions intégrant l'intérêt général, qu'il s'agisse de la mise en œuvre d'une clause d'ordre public sur le modèle des articles de la Convention européenne des droits de l'homme (A), d'un conflit entre deux droits ou libertés de même valeur (B) ou du filtrage d'une question prioritaire de constitutionnalité (C).

A. La mise en œuvre de la clause d'ordre public

846. Si la disposition est abstraitement conventionnelle (1), le juge procède à un contrôle concret de la compatibilité avec la Convention de l'application en l'espèce (2).

³³⁰⁹ C'était également l'état d'esprit de la Cour européenne lorsqu'elle a elle-même mis en place cette pratique : C. Berthier, *thèse préc.*, n° 125, p. 211 et 212.

³³¹⁰ S. Canas et R. Le Cotty, « Notes sur l'intensité... », *art. préc.*, spéc. p. 13 et 14 : elles citent notamment Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068 ; Civ. 1^{re}, 21 mars 2018, n° 16-28.741 ; Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100.

³³¹¹ F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

³³¹² *Ibid.*, spéc. p. 2089 : « En d'autres termes, dans les cas où les conditions d'application d'une règle sont entièrement déterminées par le législateur en ne laissant aucune marge d'appréciation au juge, il est impossible que la norme puisse être abstraitement conventionnelle, mais concrètement inconstitutionnelle » ; « un contrôle concret ne serait envisageable que dans les cas où le juge constaterait, au cours du contrôle abstrait, la potentialité d'une méconnaissance des droits individuels dans une situation que n'aurait pas spécialement été envisagée le législateur ».

1. La conventionnalité abstraite de la disposition

847. Légalité de l'atteinte – Proposition de rédaction. Les juges doivent tout d'abord s'assurer de la légalité formelle de l'atteinte. Ils pourraient ainsi introduire le raisonnement par : « *L'atteinte reprochée aux droits fondamentaux est prévue par [énoncer la règle qui engendre l'atteinte]* » ou au contraire « *L'atteinte reprochée aux droits fondamentaux ne satisfait pas à l'exigence de légalité* ». Cette dernière hypothèse demeure rare.

848. Existence de l'enjeu d'intérêt général abstrait – Proposition de rédaction. Cette étape n'est nécessaire qu'en cas d'absence d'enjeu d'intérêt général ou d'objectif obscur. En principe, cette situation est peu fréquente. Toutefois, les juges pourraient employer les différentes méthodes d'interprétation pour tenter d'identifier l'objectif. Ils pourraient tout d'abord avoir recours à la méthode littérale si l'objectif est exprimé dans le texte : « *Le texte lui-même énonce l'objectif qu'il poursuit, qui semble correspondre au but effectivement recherché par la règle* » ou au contraire : « *Le texte n'énonce pas l'objectif qu'il poursuit, ni explicitement, ni implicitement* ». À défaut, le juge pourrait se fonder sur la volonté du législateur : « *L'étude des travaux préparatoires de la loi révèle que le législateur n'a poursuivi aucun objectif susceptible d'être rattaché à un enjeu d'intérêt général* » ou à l'inverse : « *L'analyse des travaux préparatoires ne permet pas de déduire avec certitude l'enjeu d'intérêt général poursuivi par le législateur* ». Dans l'hypothèse de l'impuissance de ces deux premières méthodes, le juge pourrait avoir recours à la libre recherche scientifique : « *Éclairé par les données fournies par [énoncer la science permettant de dégager l'interprétation : sciences dures, morale, politique, philosophie, sociologie, psychologie...etc.], on peut considérer que l'objectif poursuivi par la règle est [énoncer l'objectif poursuivi]* ». Dans le même ordre d'idée, une interprétation systémique pourrait éclairer la recherche : « *Étant donnée la cohérence d'ensemble des règles concernant [domaine concerné par la règle, comparaison éventuelle avec l'objectif connu d'autres règles], il apparaît que la règle a pour objectif de [énoncer l'objectif poursuivi]* ». Enfin, dans une approche évolutive, le juge pourrait estimer qu'« *étant donnés les nouveaux besoins et problématiques autour de cette question, la règle doit être comprise comme ayant pour but de [énoncer l'objectif poursuivi]* ».

849. Identification de l'enjeu d'intérêt général abstrait – Proposition de rédaction. L'identification de l'enjeu d'intérêt général abstrait doit en principe et en premier lieu se fonder sur la volonté du législateur et donc, dans la mesure du possible, sur le texte de loi ou les travaux préparatoires : « *Il résulte des travaux préparatoires de la disposition et plus particulièrement de [préciser le document auquel il est fait référence (exposé de motifs, étude*

d'impact...)], *que le législateur a, dans l'adoption de la disposition contestée, poursuivi* [énoncer l'enjeu d'intérêt général qui constitue l'objectif de la règle]. *Cet objectif tire sa légitimité de* [se référer aux travaux préparatoires]. *Cette légitimité est toujours d'actualité* ». Le juge peut au contraire estimer qu'« *il résulte des travaux préparatoires de la disposition et plus particulièrement de* [préciser le document auquel il est fait référence (exposé de motifs, étude d'impact...)], *que le législateur a, dans l'adoption de la disposition contestée, poursuivi* [énoncer l'enjeu d'intérêt général qui constitue l'objectif de la règle]. *Cet objectif n'a plus aujourd'hui de légitimité étant donné* [énoncer le changement de circonstance expliquant la perte de légitimité de l'objectif] ». Enfin, dans le cadre de la clause d'ordre public de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge doit démontrer le rattachement de l'enjeu à l'un de ceux énumérés par la clause : « *cet objectif peut se rattacher à* [citer le but légitime de la clause d'ordre public auquel le but peut se rattacher] », ou au contraire « *cet objectif est insusceptible de se rattacher à l'un de ceux énumérés par la clause d'ordre public* ». En cas d'évolution de l'objectif poursuivi, le juge peut se fonder sur la méthode systémique, évolutive ou encore avoir recours à la libre recherche scientifique afin de préciser l'objectif poursuivi par la règle. Si la loi énonce elle-même son propre objectif, le juge devra s'assurer qu'il correspond bien à la règle, ce qui rejoint l'étape d'adéquation.

850. Adéquation de la mesure contestée à l'intérêt général abstrait poursuivi s'il est légitime – Proposition de rédaction. Si le but poursuivi est légitime, il convient pour le juge de s'atteler à la première étape de la proportionnalité au sens large : « *L'objectif légitime poursuivi par le législateur est cohérent avec la mesure prévue par la disposition, qui permet d'atteindre cet objectif* » ou, à l'inverse : « *le lien entre la mesure contestée et l'objectif d'intérêt général poursuivi n'apparaît pas avec évidence* ». La formulation peut évidemment varier : le juge peut employer explicitement le terme « d'adéquation », comme le fait parfois le Conseil constitutionnel.

851. Nécessité de la mesure contestée au regard l'intérêt général abstrait poursuivi – Proposition de rédaction. Si la mesure est adéquate, le juge procède à la vérification de la nécessité. Cette dernière devra souvent demeurer restreinte et se limiter à une accentuation du contrôle de l'adéquation³³¹³ : « *Au regard des travaux préparatoires, cette mesure était nécessaire au moment de l'édiction de la loi pour atteindre le but visé [ou] remédier à la situation identifiée par le législateur [énoncer la situation]* ». Dans certains cas, la nécessité pourrait être étendue mais alors le contrôle devra se limiter au manifeste : « *L'objectif poursuivi*

³³¹³ V. *supra*, n° 814 et s., sur la démonstration de l'importance de s'en tenir à un contrôle restreint de la nécessité.

pourrait manifestement être atteint par une mesure moins attentatoire, telle que [énoncer la mesure alternative] ».

852. Proportionnalité au sens strict et balance des intérêts abstraits – Proposition de rédaction. Si la mesure passe les deux premières étapes, le juge doit la soumettre à la proportionnalité au sens strict. C'est l'étape la plus délicate car elle laisse une grande place à l'appréciation du juge. Le contrôle peut se résumer en trois appréciations : apprécier le « degré d'atteinte à l'intérêt », évaluer le « degré d'importance de l'intérêt concurrent » et s'intéresser au point de savoir « si le degré d'importance de cet intérêt justifie le degré d'atteinte à l'autre intérêt »³³¹⁴. Le juge pourrait ainsi raisonner : « *La mesure est susceptible de porter atteinte aux intérêts suivants [citer les intérêts abstraits concurrents à l'intérêt général, le cas échéant en s'appuyant sur les travaux préparatoires, et les droits fondamentaux qui les soutiennent]* ». Il procède ensuite à la pesée de ces intérêts : « *ces intérêts apparaissent importants et légitimes [justification éventuelle]* ». Le juge doit ensuite vérifier si le législateur a pris en compte ces intérêts ; quatre situations peuvent alors se présenter : soit les intérêts « *ont été envisagés par le législateur* » ; soit, au contraire, « *les travaux préparatoires semblent indiquer que ces intérêts n'ont pas été envisagés par le législateur* » ; soit encore « *ces intérêts n'apparaissent pas dans les travaux préparatoires car ils n'étaient sans doute pas d'actualité au moment de l'édition de la loi* » ; soit enfin « *ces intérêts n'apparaissent pas légitimes face à l'intérêt général* ». Le juge doit ensuite évaluer l'importance de l'atteinte aux intérêts particuliers abstraits, en la qualifiant : par exemple par le recours aux adjectifs « faible », « modérée » ou « sérieuse »³³¹⁵. Une fois l'évaluation effectuée, le juge doit conclure : « *Les atteintes aux intérêts susvisés apparaissent proportionnées à l'importance de l'objectif poursuivi* », auquel cas la loi est déclarée abstraitement conventionnelle ; ou au contraire « *ces atteintes apparaissent, par leur ampleur, disproportionnées, au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi* », auquel cas la loi est déclarée abstraitement inconventionnelle.

2. En cas de loi conventionnelle : contrôle de proportionnalité *in concreto*

853. Identification précise des intérêts. Pour cette étape, nous nous joignons aux remarques du professeur Peggy Ducoulombier qui, pour « rééquilibrer » la balance des intérêts, appelle à qualifier exactement le litige à l'origine de l'ingérence³³¹⁶. Bien que nous ne

³³¹⁴ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189 et 190.

³³¹⁵ *Ibid.* V. aussi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 407, 408, 401, 405.

³³¹⁶ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 871 et s., p. 576.

souscrivions pas à une distinction étanche entre conflit de droits et conflits « verticaux »³³¹⁷, l'appel à plus de rigueur est indispensable pour identifier les différents intérêts en présence, dans la composante « horizontale », comme dans les aspects « verticaux »³³¹⁸. Pour cela, le juge doit isoler les intérêts concurrents à l'intérêt général.

854. Légitimité de l'intérêt général concret – Proposition de rédaction. Ayant procédé au contrôle de conventionnalité *in abstracto*, les juges initient l'examen *in concreto*, tout d'abord par l'identification de l'intérêt général concret : « *À l'objectif poursuivi par le législateur [toujours d'actualité ou au contraire, dépassé] s'ajoute un intérêt concret l'espèce de l'application de la loi. Ce dernier réside dans le [nouvel enjeu d'intérêt général lié au maintien de la loi] et/ou dans le ou les intérêts qu'ont [nommer les parties concernées] à la mise en œuvre de la loi. Ces dernières subirait une atteinte à leur droit [citer le droit qui serait atteint en cas d'absence de mise en œuvre de la loi, qui peut être en rapport avec l'intérêt général abstrait ou, au contraire, distinct] ainsi qu'à leurs attentes légitimes en termes de sécurité juridique* ».

855. Adéquation concrète – Proposition de rédaction. Une fois identifié l'intérêt général concret, dont la légalité a déjà été démontrée lors du contrôle *in abstracto*, le juge doit reprendre les étapes du contrôle de proportionnalité au sens large : « *En l'espèce, la mise en œuvre de la loi permettrait pour [citer les parties qui bénéficieraient de l'application de la loi], à la fois de satisfaire leur intérêt, mais également de mettre en œuvre l'objectif pour lequel la loi a été édictée, puisqu'elle aurait pour effet de [énoncer les effets]* » ou au contraire « *En l'espèce, la mise en œuvre de la loi ne permettrait ni de satisfaire l'intérêt de [citer les parties qui bénéficieraient de l'application de la loi], ni de mettre en œuvre l'objectif pour lequel la loi a été édictée, puisqu'elle aurait pour effet de [énoncer les effets]* ».

856. Nécessité concrète – Proposition de rédaction. Si la mesure est concrètement adéquate, il s'agit de vérifier qu'elle est concrètement nécessaire. Ici encore, le contrôle de la nécessité doit en principe être restreint : « *En l'espèce, la mise en œuvre de la règle est nécessaire pour atteindre la satisfaction des intérêts de [citer la partie qui bénéficie de l'application de la loi], ainsi que pour atteindre l'objectif poursuivi par la règle* ». Il peut au contraire être étendu et manifeste : « *en l'espèce, la mise en œuvre de la règle n'est manifestement indispensable ni pour atteindre la satisfaction des intérêts de [citer la partie qui bénéficie de l'application de la loi], ni pour atteindre l'objectif poursuivi par la règle* ». Ce

³³¹⁷ P. Ducoulombier, *thèse préc.*, n° 103, p. 63 ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 22, p. 31.

³³¹⁸ *Idem.*

dernier cas permet d'envisager des solutions de compensation pour les atteintes portées par la loi aux droits fondamentaux³³¹⁹.

857. Proportionnalité au sens strict *in concreto* – Proposition de rédaction. Enfin, le juge doit mettre en balance les intérêts concrets, ce qui implique de faire intervenir l'intérêt général. Les éléments sont les mêmes que pour le contrôle de proportionnalité abstrait : le juge doit vérifier le « degré d'atteinte à l'intérêt », le « degré d'importance de l'intérêt concurrent » et ensuite s'intéresser au point de savoir « si le degré d'importance de cet intérêt justifie le degré d'atteinte à l'autre intérêt »³³²⁰. Dans le cas de la balance concrète, la référence à la volonté du législateur n'est pas indispensable. Les juges pourraient ainsi raisonner ainsi : « *En l'espèce, l'application de la règle porterait atteinte à [citer les intérêts de la partie qui s'oppose à la mise en œuvre de la règle ainsi que le droit fondamental fondant la prétention] et l'importance de ces intérêts est [« faible », « modérée » ou « sérieuse »³³²¹]* ». Enfin, ils mesurent les atteintes concrètes subies : « *L'atteinte subie par ces intérêts est [détailler les effets concrets de la mesure sur les intérêts lésés, puis qualifier l'importance de l'atteinte : « faible », « modérée » ou « sérieuse »³³²²]* » et de conclure « *au regard des intérêts concurrents, l'atteinte est proportionnée* » – ou au contraire – « *au regard des intérêts concurrents, l'atteinte est disproportionnée* ».

858. Théorie du bilan et bilatéralisation de l'étude des effets. Pour compléter le contrôle de proportionnalité au sens strict, le juge peut ajouter une étape de méthode du bilan, qui inclut des intérêts rattachés au litige, mais qui ne sont pas nécessairement directement concernés³³²³. Elle pourrait être combinée à la bilatéralisation de l'étude des effets, qui mesurerait les conséquences de l'éviction de la loi³³²⁴. La teneur de cette étape aura sans doute vocation à varier selon le litige, mais on pourrait imaginer une rédaction comme suit : « *L'application de la loi en l'espèce aurait pour effet de porter atteinte à [citer les intérêts concernés] de manière [qualifier l'ampleur de l'atteinte pour chaque intérêt]. À l'inverse, la non-application de la loi en l'espèce aurait pour effet de porter atteinte à [citer les intérêts concernés] de manière [qualifier l'ampleur de l'atteinte pour chaque intérêt]* ». Et de conclure : « *L'atteinte aux intérêts particuliers n'est pas disproportionnée, par conséquent, l'application*

³³¹⁹ Sur ce point, v. *infra*, n° 907 et s.

³³²⁰ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189 et 190.

³³²¹ V. les adjectifs employés par E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189 et 190, v. aussi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 407, 408, 401, 405.

³³²² *Idem*.

³³²³ V. *supra*, n° 826 et s.

³³²⁴ V. *supra*, n° 828.

de la loi apparaît préférable en l'espèce » ou au contraire « L'atteinte aux droits fondamentaux est disproportionnée ; le refus d'application de la loi en l'espèce apparaît de nature à respecter davantage les droits et libertés ».

B. Conflit entre deux droits et libertés d'égale valeur : proportionnalité au sens strict

859. Le conflit entre deux droits fondamentaux de même valeur implique une simple proportionnalité au sens strict. Il s'agit donc pour le juge de mettre en œuvre la dernière étape du raisonnement précédent. Le plus souvent, de tels conflits ont lieu sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme.

860. Identification du droit du demandeur. Le demandeur agit pour contester une atteinte portée à un droit fondamental par le comportement d'un particulier. L'exemple le plus emblématique est l'atteinte à la vie privée par voie de presse. Les juges peuvent ainsi rappeler le droit lésé : « *Le comportement du défendeur a porté atteinte au droit du demandeur [identifier le droit en conflit et son fondement juridique], qui est un droit légitime dont l'importance est [« faible », « modérée » ou « sérieuse »³³²⁵]* ».

861. Identification du droit du défendeur. Le défendeur peut invoquer à son tour un droit fondamental. Dans le cas de l'atteinte à la vie privée, le droit concurrent est souvent la liberté d'expression : « *Toutefois, en portant atteinte au droit du demandeur, le défendeur a exercé son droit [nommer le droit concerné et son fondement juridique], qui est également légitime dont l'importance est [« faible », « modérée » ou « sérieuse »³³²⁶]* ».

862. Éventuelle hiérarchie substantielle entre les droits. Il arrive qu'un droit ne puisse pas faire l'objet d'une mise en balance avec un autre droit en raison de son importance : c'est ce qui semble ressortir de la jurisprudence relative au conflit entre le droit de propriété et le droit à la vie privée et familiale³³²⁷. Dans ce cas, le conflit se règle sans recours à l'étape suivante.

863. Proportionnalité au sens strict. Après avoir énoncé les différents éléments permettant de guider la balance des intérêts, par exemple les critères développés pour régler les litiges entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée, les juges doivent mesurer la proportionnalité des atteintes à chaque droit. Pour cela, on peut reprendre les étapes identifiées

³³²⁵ V. les adjectifs employés par E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189 et 190, v. aussi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 407, 408, 401, 405.

³³²⁶ *Idem.*

³³²⁷ Sur cette jurisprudence, v. *supra*, n° 765 et s.

par le professeur Edouard Dubout : le « degré d'atteinte à l'intérêt », le « degré d'importance de l'intérêt concurrent » et la réponse au point de savoir « si le degré d'importance de cet intérêt justifie le degré d'atteinte à l'autre intérêt »³³²⁸. En principe, la deuxième étape d'évaluation de l'importance de l'intérêt a déjà été effectuée dans les premiers développements. Il reste donc au juge à évaluer les atteintes respectives et leur degré d'importance : « *Restreindre le droit du défendeur aurait pour effet de [énoncer les effets]. L'atteinte serait alors [« faible », « modérée » ou « sérieuse »]*³³²⁹. *À l'inverse, admettre l'atteinte au droit du demandeur aurait pour effet de [énoncer les effets]. L'atteinte serait alors [« faible », « modérée » ou « sérieuse »]*³³³⁰. *Par conséquent, l'atteinte [citer le droit concerné] étant la plus étendue, il convient de faire prévaloir ce droit en l'espèce ».*

864. Théorie du bilan. La théorie du bilan semble ici de moindre importance : son contenu s'intègre directement dans l'approche très détaillée de la proportionnalité qui vient d'être présentée. Elle revient à peser les avantages et les inconvénients de la prévalence, en l'espèce, de chacune des libertés en conflit.

C. La question prioritaire de constitutionnalité

865. Le raisonnement mis en œuvre par la Cour de cassation en matière de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité n'est pas de la même nature que celui du contrôle de conventionnalité. En effet, elle ne doit effectuer qu'un filtrage ; son raisonnement n'est donc comparable ni à celui du Conseil constitutionnel, ni à celui de la Cour européenne en matière de compatibilité avec la Convention. En outre, le contrôle est exclusivement abstrait.

866. Transmission de la question. En cas de transmission, la Cour de cassation devra rappeler quelques caractéristiques de la disposition, notamment l'enjeu d'intérêt général qu'elle poursuit : « *La question présente un caractère sérieux en ce que, malgré son objectif d'intérêt général [énoncé de l'enjeu d'intérêt général et éventuel rattachement avec l'une des catégories d'objectif du Conseil constitutionnel (objectif ou principe de valeur constitutionnel, motif impérieux d'intérêt général, s'il a déjà été qualifié, sinon la Cour ne peut se prononcer avec certitude)] énoncé dans [les travaux préparatoires ou le texte] et plus particulièrement [citer le document concerné], la disposition pourrait ne pas répondre aux exigences constitutionnelles de [énoncé du droit ou de la liberté fondant le grief] ».* Le plus souvent, c'est la disproportion réduite au manifeste qui pousse la Cour de cassation à renvoyer une question, plus que les autres

³³²⁸ E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189 et 190.

³³²⁹ V. les adjectifs employés par E. Dubout, « Le côté obscur de la proportionnalité », *art. préc.*, spéc. p. 189 et 190, v. aussi R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 407, 408, 401, 405.

³³³⁰ *Idem.*

étapes du contrôle, car c'est celle qui apparaît le plus visiblement sans un examen détaillé. Il est en effet rare que le juge mette en cause à ce stade l'adéquation ou la nécessité de la règle. La formule pourrait donc être : « *Si cette disposition apparaît cohérente avec l'objectif qu'elle poursuit et nécessaire à l'accomplissement de cet objectif, elle pourrait s'avérer disproportionnée au regard de [citer les intérêts abstraits concurrents] ».*

867. Refus de transmission. Lorsqu'elle refuse de transmettre, la Cour de cassation doit se justifier au regard des différentes étapes du contrôle de proportionnalité, qu'elle intègre dans l'examen du caractère sérieux de la question : « *La question ne présente pas de caractère sérieux. En effet, elle poursuit un enjeu d'intérêt général [énoncé de l'enjeu d'intérêt général et éventuel rattachement avec l'une des catégories d'objectif du Conseil constitutionnel (objectif ou principe de valeur constitutionnel, motif impérieux d'intérêt général) énoncé dans les travaux préparatoires ou le texte] et plus particulièrement [citer le document concerné]. La mesure qu'elle prévoit [énoncer la mesure] apparaît de nature à atteindre cet objectif et est nécessaire pour l'atteindre. Bien qu'elle porte une atteinte à [énoncé des intérêts abstraits concurrents soutenus par le droit ou la liberté fondamentale, le cas échéant déjà envisagés par les travaux préparatoires], qui sont importants et légitimes, l'atteinte n'apparaît ni disproportionnée au regard de l'importance de l'enjeu poursuivi, ni excessive au regard de l'importance de l'intérêt lésé ».*

868. Conclusion de la section. Ainsi, certains outils formels, tels que la motivation enrichie, le filtrage des pourvois, le dialogue des juges et la mise en place d'un certain vocabulaire, peuvent enrichir la rédaction des arrêts et contribuer à donner à l'intérêt général sa place dans le raisonnement de proportionnalité. De nouvelles méthodes de rédaction des arrêts peuvent en outre être proposées.

869. Conclusion du chapitre. La première proposition de reconstruction concerne le raisonnement. Il s'agit pour le juge de structurer et de systématiser sa pratique, que ce soit à l'étape d'identification de l'intérêt général, ou de sa mise en œuvre dans le raisonnement. Pour rechercher l'objectif de la loi, il peut avoir recours aux méthodes d'interprétation ayant traditionnellement vocation à éclairer le sens de la règle. Pour la mise en œuvre, il convient de faire apparaître la notion à chaque étape du raisonnement et de lui donner sa place formellement, afin de renforcer la justification des solutions. Pour ce faire, nous proposons des exemples de rédaction d'arrêts.

CHAPITRE 2 : LA RECONSTRUCTION DES SOLUTIONS

870. Outre la reconstruction du raisonnement pour donner une plus grande place à l'intérêt général, nous proposons de nous inspirer du droit public pour adopter une approche du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux qui permette de mieux garantir sa stabilité. Il s'agirait de passer d'une logique d'éviction de la loi au cas par cas, à une logique d'indemnisation et de réparation des atteintes disproportionnées causées par la loi aux droits fondamentaux. Le droit administratif connaît déjà des cas de réparation du fait de la loi. Sans aller jusqu'à engager un mécanisme de responsabilité, nous proposons, une fois qu'une atteinte *in concreto* est constatée au moyen d'un contrôle de proportionnalité lié au cas d'espèce, non pas d'écarter la loi, mais de réparer les conséquences néfastes et exceptionnelles que son application cause aux droits fondamentaux.

871. Si certains auteurs proposent de mettre fin au contrôle *in concreto* ou de changer le mode de raisonnement du juge (**section préliminaire**), l'exemple du droit public (**section 1**), pourrait inspirer l'introduction d'un texte donnant au juge le pouvoir de réparer les atteintes aux droits fondamentaux causées par la loi (**section 2**).

SECTION PRÉLIMINAIRE : LES SOLUTIONS DOCTRINALES PROPOSÉES POUR LUTTER CONTRE LES EFFETS NÉFASTES DE LA PROPORTIONNALITÉ *IN CONCRETO*

872. Les solutions méthodologiques aux effets du contrôle *in concreto* s'accompagnent de propositions substantielles quant à l'avenir du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux. En effet, selon certains auteurs, ni une motivation détaillée³³³¹, ni le respect rigoureux d'une méthode³³³² ne feront disparaître les dangers institutionnels du contrôle de proportionnalité.

873. La doctrine privatiste fait alors deux propositions principales : tout d'abord, abandonner le contrôle *in concreto*, au profit d'autres méthodes (§1) ; ensuite, et dans une logique inverse visant à assurer son maintien, faire entrer le juge dans une logique de casuistique pour résoudre les conflits entre l'application des lois aux cas particuliers et les droits fondamentaux (§2). Enfin, le changement dans les raisonnements du juge, en particulier de la

³³³¹ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité... », *art. préc.*

³³³² F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 3.

Cour de cassation, à travers l'intégration dans la technique de cassation de l'erreur manifeste d'appréciation, peut constituer une piste intéressante (§3).

§1. LA PROPOSITION D'ABANDON DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ

IN CONCRETO

874. Contrôle abstrait, contrôle concret et marge nationale d'appréciation.

Lequel des deux contrôles, *in concreto* ou *in abstracto*, protège mieux le principe de subsidiarité et la marge d'appréciation des États ? La réponse à cette question est loin d'être évidente. Si le contrôle *in concreto* semble plus intrusif en ce qu'il permet un « cas par cas » qui ne garantit en aucune façon l'application de la règle, le contrôle *in abstracto* fait entrer le juge dans le détail du raisonnement et des considérations ayant guidé à l'élaboration de la règle ; il empiète donc davantage sur les fonctions du législateur³³³³. Toutefois, soit que la doctrine se soit habituée au contrôle abstrait, plus ancien, soit qu'il soit en réalité considéré comme moins attentatoire à la logique institutionnelle, il semble que ce soit le contrôle *in concreto* qui soit le plus fustigé³³³⁴. Une telle vision rejoint celle de Monsieur le président Bruno Pireyre qui souligne, dans son explication de la pratique du contrôle de conventionnalité devant la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, que les règles procédurales ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle *in concreto* et que le principe de subsidiarité impose que la Cour européenne n'interprète pas les dispositions internes³³³⁵.

875. Les difficultés du contrôle *in concreto*. Il semble que le contrôle *in concreto* soit l'aspect de la proportionnalité qui pose les difficultés les plus importantes, tant du point de vue des sources, que du fond du droit³³³⁶. Le contrôle abstrait, plus ancien et entériné par les juridictions françaises à travers la question prioritaire de constitutionnalité, apparaît mieux accepté par la doctrine et mieux maîtrisé par les différents juges qui y recourent. Dès lors, il semble aujourd'hui illusoire, voire illégitime, de le remettre en cause. À l'inverse, le contrôle *in concreto*, qui ne date que d'une dizaine d'années, apparaît moins ancré dans les pratiques – en témoigne la politique jurisprudentielle de la deuxième chambre civile³³³⁷ – et demeure source de nombreux débats. Des articles récents cherchent encore des solutions pour en limiter

³³³³ M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto*... », *art. préc.*

³³³⁴ Quelques références : V. Fourment, *thèse préc.*, n° 186, p. 194 et n° 351 et s., p. 347 et s. ; F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*

³³³⁵ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 21.

³³³⁶ V. *supra*, n° 505 et s.

³³³⁷ V. *supra*, n° 256 et s.

les effets indésirables³³³⁸. Si le contrôle *in abstracto* mérite davantage une reconstruction, certains auteurs souhaitent remplacer le contrôle *in concreto* par des mécanismes de nature à porter moins atteinte à l'intérêt général et à travers lui, à la souveraineté du législateur. En d'autres termes, il convient de proposer des solutions plus respectueuses des sources institutionnelles du droit et de son contenu substantiel, tout en combattant l'arbitraire des « petites tyrannies » et des « oppressions ponctuelles »³³³⁹, autrement dit les « abus » de la puissance publique³³⁴⁰.

876. Première alternative au contrôle *in concreto* : le recours au législateur pour le contrôle de conventionnalité. Madame Cécile Berthier fait partie des auteurs qui critiquent le contrôle *in concreto* : elle propose de faire de la Cour de cassation, à l'image de ce qu'est le Conseil d'État pour le gouvernement, un « conseiller du Parlement »³³⁴¹. Elle suggère également le développement d'« études d'impact conventionnelles » avant la promulgation de la loi pour anticiper la conformité des lois aux droits fondamentaux³³⁴², ainsi qu'une procédure « d'interpellation judiciaire » du législateur, en « aval » de la loi en cas de déclaration d'inconventionnalité³³⁴³. Les études d'impact pourraient d'ailleurs être élargies aux propositions de lois³³⁴⁴. Cependant, tout cela ne règle que partiellement le problème en n'envisageant que les difficultés liées au contrôle abstrait. De deux choses l'une : ou bien le législateur se prononce sur la conventionnalité de la règle abstraitement, à la demande du juge, ce qui ne change pas grand-chose et n'offre pas d'alternative au contrôle *in concreto* ; ou il se prononce *in concreto*, ce qui apparaît comme une autre forme d'amalgame entre le rôle du juge et celui du législateur³³⁴⁵.

877. Seconde alternative au contrôle *in concreto* : l'interprétation conforme à la place du contrôle concret. Pour certains auteurs, seule la suppression pure et simple du contrôle *in concreto* est susceptible de lutter contre les effets délétères du contrôle de proportionnalité³³⁴⁶. Selon Madame Victoria Fourment, le contrôle *in concreto* pourrait être

³³³⁸ V. not. F. Chénéde, « Deux leçons », *art. préc.*

³³³⁹ F. Chénéde, « Le Droit à l'épreuve... », *art. préc.*, n° 23, p. 181.

³³⁴⁰ *Ibid.*

³³⁴¹ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 262, p. 400.

³³⁴² *Ibid.*, n° 263 et s., p. 402 et s.

³³⁴³ *Ibid.*, n° 267 et s., p. 406 et s.

³³⁴⁴ *Ibid.*, n° 264, p. 403. Sur ce point v. aussi *supra*, n° 183 et n° 792.

³³⁴⁵ J.-M.-E. Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*

³³⁴⁶ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 186, p. 194 et n° 351 et s., p. 347 et s. *Contra* H. Fulchiron, « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles “hors contrôle” ? », D. 2018.467 : « On comprend le souci des juridictions nationales 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 ? ». V. aussi F. Marchadier, « Le contrôle de proportionnalité *in concreto*... », *art. préc.*, spéc. p. 2089 : « Si l'exclusion du

remplacé par l'interprétation conforme³³⁴⁷. Cette dernière permet au juge de donner à la loi un sens compatible avec la norme de référence³³⁴⁸, ce qui peut aller jusqu'à une interprétation « neutralisante »³³⁴⁹, dans laquelle la règle contrôlée sera considérée comme ineffective en raison de son incompatibilité avec la norme supérieure³³⁵⁰. C'est notamment cette méthode dont use la deuxième chambre civile de la Cour de cassation pour éviter d'avoir recours au contrôle de proportionnalité *in concreto* des règles de procédure : « en procédant, comme elle le fait systématiquement en matière procédurale, à une interprétation de la norme interne en conformité ou à la lumière de la norme conventionnelle européenne, la deuxième chambre civile se met en situation de prévenir, en la rendant sans objet, la mise en œuvre par la Cour européenne d'un contrôle *in concreto* de l'application des règles nationales au regard de l'article 6§1 de la Convention »³³⁵¹. Une telle pratique permet le contrôle de conformité sans contrôle de proportionnalité. Dans la même logique, les juges peuvent également, toujours dans une optique de « dialogue »³³⁵², opérer une « lecture cumulative » des différents droits³³⁵³. Madame Victoria Fourment donne l'exemple de l'article 333 du code civil qui prévoit le délai de forclusion pour agir en contestation d'une filiation composée d'un titre corroborée par une possession d'état³³⁵⁴. Elle estime en effet qu'en raison de son caractère « inéquitable »³³⁵⁵, ce texte n'est pas seulement susceptible d'être contraire *in specie* à la Convention européenne ; elle propose par conséquent de procéder à une interprétation conforme permettant de déplacer le point de départ du délai, pour apporter de la souplesse au mécanisme³³⁵⁶. Cela ne semble pourtant pas régler la difficulté liée à la prévisibilité des solutions.

contrôle concret est motivée par le souci d'uniformité et de prévisibilité, alors il faudrait l'exclure en toute matière ».

³³⁴⁷ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 186, p. 194 et n° 351 et s., p. 347 et s., l'auteur se fonde sur les conclusions d'A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016.740.

³³⁴⁸ Sur ce point, v. X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. préc.* et C. Berthier, *thèse préc.*, n° 74, p. 125 et 126.

³³⁴⁹ J.-Y. Chérot, « Conclusion... », *art. préc.*, n° 4, p. 123. Pour quelques exemples de ce raisonnement devant le Conseil d'État et la Cour de cassation dans le cadre du filtre QPC, v. J. Bonnet, « Le point de vue du constitutionnaliste... », *art. préc.*, spéc. p. 22. Pour une réflexion sur le sujet appliquée à la Cour européenne des droits de l'homme : F. Sudre, « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », *in Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 207 et s.

³³⁵⁰ X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. préc.*

³³⁵¹ B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *op. cit.*, spéc. p. 21.

³³⁵² C. Berthier, *thèse préc.*, n° 74, p. 124.

³³⁵³ X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi... », *art. préc.*, v. aussi C. Berthier, *thèse préc.*, n° 74, p. 124.

³³⁵⁴ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 186, p. 194.

³³⁵⁵ Certains auteurs contestent en effet ce texte *in abstracto*. V. *supra*, n° 680 et not. J. Garrigue, « Prescription, forclusion et filiation », *art. préc.*, n° 39 et s., p. 285 et s. ; J. Garrigue, « Nouveau plaidoyer... », *art. préc.*

³³⁵⁶ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 186, p. 194.

878. Sans aller jusqu'à l'abandon complet du contrôle *in concreto*, certains proposent de le cantonner à certaines situations précises. À cet effet, le professeur François Chénéde propose de s'inspirer de la distinction entre les lois dites de « conclusions » et celles dites de « détermination »³³⁵⁷. Les premières posent les principes, les secondes posent directement les solutions ; c'est le cas des lois de procédure notamment, mais également de sanction ou de prescription³³⁵⁸. Ces dernières, en ce qu'elles ne laissent pas de marge d'appréciation au juge³³⁵⁹ et sont indispensables à la sécurité juridique, devraient être exclues du contrôle *in concreto*³³⁶⁰. Ainsi, le contrôle concret devrait être réservé au cas des conflits de droits, dans lesquels pourrait être mis en œuvre une sorte de « contrôle de conventionnalité des décisions de justice »³³⁶¹. Les lois dites de « détermination » ne donneraient lieu qu'à un contrôle abstrait allié à une interprétation conforme³³⁶². À l'inverse, le contrôle *in concreto* se justifierait dans les cas dans lesquels la loi laisse une marge de manœuvre au juge quant à la solution³³⁶³, car dans ce cas la loi ne constitue pas un « obstacle à l'application directe de la Convention »³³⁶⁴.

879. Appréciation de la solution proposée. La solution d'abandon du contrôle de proportionnalité *in concreto* est séduisante du point de vue de la préservation des sources du droit. Cependant, elle présente des limites pour deux raisons. Tout d'abord, une interprétation conforme apportant une importante souplesse au texte n'est pas nécessairement de nature à atténuer les atteintes à la sécurité juridique³³⁶⁵. Ensuite, une telle pratique comporterait le risque de ne pas satisfaire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est en effet raisonnable de considérer que le contrôle de proportionnalité *in concreto* entre aujourd'hui dans les exigences de la Cour³³⁶⁶. S'en dispenser expose sans doute l'État à la condamnation. La Cour de cassation ne semblant pas s'orienter vers une logique de « résistance » à la Cour européenne³³⁶⁷, il semble que la solution se situe davantage dans l'application du contrôle *in concreto*, mais sans écarter la loi au cas d'espèce.

³³⁵⁷ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 8.

³³⁵⁸ *Ibid.*

³³⁵⁹ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 182 et 183, p. 188 à 191.

³³⁶⁰ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 9.

³³⁶¹ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 389, p. 376 ; n° 449, p. 423 ; n° 456 et 457, p. 428 et 429 et n° 459, p. 430 et 431.

³³⁶² *Ibid.*, n° 188 et s., p. 196 et s.

³³⁶³ *Ibid.*, n° 196, p. 202 : l'auteur donne l'exemple de l'art. 809 c. pr. civ. ; *ibid.*, n° 197, p. 202 : « Le double étage du contrôle de conventionnalité n'est donc pas praticable dans toutes les hypothèses où la loi se dresse comme un obstacle à l'application directe de la convention à la situation d'espèce ».

³³⁶⁴ V. Fourment, *thèse préc.*, n° 197, p. 202.

³³⁶⁵ V. la proposition de V. Fourment sur l'art. 333 c. civ., *thèse préc.*, n° 186, p. 194.

³³⁶⁶ Sur ce débat, v. *supra*, n° 460.

³³⁶⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 460 et n° 545.

§2. LE RECOURS À LA CASUISTIQUE

880. La proposition du recours à la méthode de la casuistique. Pour lutter contre les effets nocifs du contrôle de proportionnalité concret, certains auteurs proposent de développer une doctrine de la « casuistique », fondée sur l'« équité-jurisprudence » davantage que sur l'« équité-bienveillance »³³⁶⁸ : le législateur ayant prévu la règle applicable au cas « général », « habituel », le « *plerumque fit* »³³⁶⁹, le juge recherche « non pas l'adoption de solutions singulières, propres à chaque espèce, mais la distinction de cas ou types de cas, qui méritent d'être soumis à des règles distinctes »³³⁷⁰, ce qui le rapproche du « droit civil anglais [...] » qui « s'est structuré, via la règle du précédent et la pratique du distinguishing, autour de situations ou cas typiques »³³⁷¹. L'une des solutions serait ainsi un rapprochement avec les méthodes de la Common law, à travers la distinction entre « l'espèce » et le « cas »³³⁷². En effet il ne s'agit pas de « raisonner au cas par cas », mais de « raisonner sur des cas »³³⁷³. La solution serait donc de « traiter les cas semblables de façon identique et les cas différents de façon différente », dans un souci de « continuité » et de « cohérence »³³⁷⁴, afin de s'affranchir de la « pieuse hypocrisie du syllogisme »³³⁷⁵. La Cour de cassation sortirait ainsi de son rôle de simple interprète et de créatrice occasionnelle de droit dans le silence de la loi pour se comporter, à la manière d'un juge de Common law, comme un orfèvre du cas lié par le précédent³³⁷⁶. L'idée serait donc de raisonner par analogie par rapport aux cas déjà jugés³³⁷⁷. Une telle solution serait de nature à régler le problème de la « prévisibilité » de la règle, de la

³³⁶⁸ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 5.

³³⁶⁹ *Ibid.*

³³⁷⁰ *Ibid.*

³³⁷¹ *Ibid.* ; F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:10:08.

³³⁷² F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 5 ; *contra* v. F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *art. préc.*, n° 5 : « La casuistique n'est pas liée à une forme de système juridique, tel que le *Common law*. En effet, il ne faut pas confondre la casuistique de conception et la casuistique de formulation. Dans la première, le droit est pensé à partir de cas. C'est le fameux précédent. Dans la seconde, le droit se présente sous forme de cas. Et c'est bien la configuration des systèmes juridiques continentaux : la loi pose des cas de figure très généraux et abstraits ». Ainsi pour cet auteur, la casuistique est déjà la pratique existante. Il ne s'agit donc pas d'un objectif vers lequel il faudrait tendre mais d'une réalité déjà constatée.

³³⁷³ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *art. préc.*, n° 5. Sur ce sujet, v. aussi F. Rouvière, « La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ* 2018.1985 ; F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 6 : « Assumant son "rôle normatif", la Cour de cassation serait ainsi amenée à dégager – à partir mais au-delà de l'espèce – le ou les types de cas dans lesquels la règle légale pourrait ou devrait être écartée au profit d'une solution prétorienne plus adaptée ».

³³⁷⁴ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *art. préc.*, n° 5.

³³⁷⁵ *Ibid.*, n° 3 : l'auteur considère en effet que le syllogisme ne correspond pas à la réalité du raisonnement juridique.

³³⁷⁶ F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 2, p. 37 ; P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille... », *art. préc.*

³³⁷⁷ C. Jamin, P. Jestaz et J.-P. Marguénaud, « Révolution tranquille... », *art. préc.* ; E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 5 ; C. Berthier, *thèse préc.*, n° 121, p. 205.

sécurité juridique et de « l'égalité » devant la loi, en permettant au juge encore une fois « d'assumer » son rôle normatif³³⁷⁸ : « D'inspiration lointaine, ces deux évolutions présenteraient l'avantage d'assurer le respect de la Convention [européenne] 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 »³³⁷⁹. Cette méthode permettrait ainsi de résoudre le problème relatif à la sécurité juridique, dont le professeur François Chénéde n'est pas le seul à se préoccuper³³⁸⁰. La casuistique se distingue en effet de la pesée des intérêts : « la casuistique ne pèse pas les intérêts, mais argumente à partir de cas où les intérêts ont déjà été pesés »³³⁸¹ et « emporte également une relative neutralisation des considérations morales et politiques à l'origine des règles »³³⁸². Ainsi, par exemple, pour justifier la solution de l'arrêt du 4 décembre 2013, les juges auraient pu estimer qu'« un mariage incestueux ayant duré 18 ans est analogue à un mariage »³³⁸³ et se référer à la notion ancienne de « possession d'état du mariage »³³⁸⁴.

881. Les limites de la méthode de la casuistique : le danger de l'absence de règle générale. Cependant, une telle méthode ne contient-elle pas le « spectre »³³⁸⁵ du retour aux arrêts de règlement, par l'édiction, dans les décisions de justice, de règles générales ayant vocation à être étendues à tous les cas similaires ? Ne fait-elle pas que déplacer le problème en suscitant un autre danger ? Il apparaît que le recours à une logique casuistique ne semble conforme ni avec le raisonnement des juges au sein de l'ordre juridique tel que nous le connaissons, ni forcément susceptible de remédier à l'atteinte à la sécurité juridique. Il comporte en effet le risque de modifier le raisonnement, y compris en l'absence de toute invocation des droits fondamentaux, d'entrer dans une nouvelle logique d'interprétation de la

³³⁷⁸ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 6 ; F. Chénéde, « Les conséquences du contrôle », *op. cit.*, env. 2:12:09.

³³⁷⁹ F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 14.

³³⁸⁰ F. Rouvière, « Existe-t-il une méthode... », *art. préc.*, n° 7, p. 40 : « En se centrant sur ses objets, une partie du mystère du contrôle de proportionnalité se dissipe. Il 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 ».

³³⁸¹ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *art. préc.*, n° 8.

³³⁸² *Ibid.*

³³⁸³ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste... », *art. préc.*, n° 16, p. 26.

³³⁸⁴ *Ibid.*

³³⁸⁵ Expression utilisée par l'auteur lui-même : F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*, n° 2.

loi³³⁸⁶, incompatible avec le travail actuel du législateur, et finalement d'aggraver l'imprévisibilité des solutions. La casuistique, en s'éloignant de la règle générale, risque d'autant plus de reléguer au second rang l'intérêt général. Elle ne règle pas les difficultés liées à l'imprévisibilité des solutions : dans le cas de l'annulation des mariages, faut-il fixer une durée minimale ou maximale ?

§3. L'ERREUR MANIFESTE D'APPRÉCIATION

882. En droit administratif, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation correspond au contrôle que le juge administratif effectue sur une décision administrative prise dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire³³⁸⁷. Ce type de raisonnement se rattache, devant le juge administratif, au contrôle restreint, qui exclut le contrôle de la qualification juridique des faits³³⁸⁸. Ainsi, ce niveau de contrôle est tout à fait compatible avec l'office de la Cour de cassation et pourrait régler le problème de la compatibilité avec la technique de cassation. Dans ce cas, le juge ne doit censurer que les erreurs manifestes, c'est-à-dire « évidentes », sans apprécier outre mesure les faits³³⁸⁹.

883. L'erreur manifeste d'appréciation mise en œuvre par la Cour de cassation. Le contrôle de conventionnalité est un contrôle « *sui generis* », en raison du contrôle de la balance des intérêts³³⁹⁰, ce qui explique les difficultés à l'intégrer à la technique classique de cassation³³⁹¹. Sans aller jusqu'à supprimer le contrôle *in concreto*, ce qui apparaît aujourd'hui illusoire, certains avancent l'idée d'en dispenser la Cour de cassation. Le professeur Hugues Fulchiron propose ainsi le recours par la Haute juridiction à l'erreur manifeste d'appréciation pour apprécier le premier arbitrage effectué par les juges du fond sur la balance des intérêts³³⁹² : à défaut, la Cour risque de ne pas se contenter de « contrôle[r] le

³³⁸⁶ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique », *art. préc.* ; F. Rouvière, « La méthode casuistique... », *art. préc.* ; F. Chénéde, « Deux leçons... », *art. préc.*

³³⁸⁷ G. Dumont *et al.*, *Droit administratif, op. cit.*, n° 861, p. 527 : CE, sect., 25 avr. 1980, *Institut technique de Dunkerque*, n° 15244 : la décision, même prise en opportunité, « doit ne pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir ».

³³⁸⁸ M. Guyomar, B. Seiller et A. Meynaud-Zeroual, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « HyperCours », 6^e éd., 2021, n° 245, p. 133.

³³⁸⁹ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 245, p. 133 ; *Rapport de la commission de réflexion pour la réforme de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 170.

³³⁹⁰ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 108, p. 185.

³³⁹¹ *Ibid.*, n° 112, p. 192 et n° 113, p. 193 et s.

³³⁹² H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.* V. aussi P. Ducoulombier, « Contrôle de la conventionnalité des lois... », *art. préc.* ; V. Fourment, *thèse préc.*, n° 318, p. 200 et 201 et C. Berthier, *thèse préc.*, n° 112, p. 192 : l'auteur s'inspire de l'idée de A. Lacabarats, *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 170 : l'auteur propose, pour compléter les propositions de Messieurs Hugues Fulchiron et Alain Lacabarats, qui souhaitent intégrer ce contrôle issu du juge

contrôle : en vérité, elle le ref[er]ait »³³⁹³. Avec le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, il s'agirait d'aller plus loin que le simple examen du respect des étapes de la méthode en s'intéressant au résultat de la mise en balance, sans entrer outre mesure dans l'appréciation des faits³³⁹⁴, pour ne censurer que les défauts évidemment visibles de la balance des intérêts effectuée par les juges du fond. Finalement, ce contrôle pourrait s'apparenter à celui de l'interprétation des contrats, dans lequel la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond sauf en cas de dénaturation de l'écrit clair et précis³³⁹⁵. Malheureusement cette solution, bien que satisfaisante et conforme à l'office du juge de cassation, apparaît à la fois éloignée de la direction prise actuellement par la Cour de cassation et incompatible avec les exigences de la Cour européenne, qui semble exiger un contrôle de conventionnalité *in concreto* de la part de tous les juges internes³³⁹⁶.

884. Conclusion de la section. L'abandon du contrôle *in concreto* semble aujourd'hui illusoire institutionnellement. La casuistique apparaît quant à elle impuissante à atténuer l'imprévisibilité des solutions et impliquerait un changement durable des méthodes du juge. Le recours au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, bien que satisfaisant en théorie, semble très éloigné du chemin que prend actuellement la Cour de cassation. En revanche, on peut envisager de limiter l'un des effets du contrôle, qui est la possibilité d'écarter la loi en cas de non-conformité. En effet, c'est ce refus d'application au cas par cas de la loi qui pose les plus grosses difficultés d'imprévisibilité et d'insécurité juridique.

885. La logique de réparation permettrait une meilleure protection de la règle légale et de l'intérêt général : le constat de non-conformité entraînant l'éviction de la loi demeure une situation rare. Il convient de faire un détour par le droit administratif et le droit de la responsabilité, qui donnent des exemples intéressants pouvant éclairer la réflexion.

administratif, de faire de l'erreur manifeste d'appréciation un nouveau cas d'ouverture à cassation. Cependant, il s'agit davantage d'une intensité de contrôle que d'un cas d'ouverture à cassation.

³³⁹³ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *art. préc.*

³³⁹⁴ C. Berthier, *thèse préc.*, n° 112, p. 192.

³³⁹⁵ Sur ce point, v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil...*, *op. cit.*, n° 618 et 619, p. 721.

³³⁹⁶ Sur l'exigence du contrôle *in concreto*, v. *supra*, n° 460.

SECTION 1 : LES SOURCES D'INSPIRATION : LA RÉPARATION DES DOMMAGES CAUSÉS AUX DROITS FONDAMENTAUX

886. Outre les cas d'indemnisation liés à des violations prolongées des droits fondamentaux dans des contextes de conflits armés³³⁹⁷, le droit public offre une importante variété de mécanismes autres que le contrôle de la loi par le juge pour empêcher ou réparer les atteintes aux droits fondamentaux. Ces derniers peuvent servir d'inspiration pour penser une logique de réparation des atteintes aux droits fondamentaux. Le juge administratif dispose tout d'abord du référé-liberté, qui permet de mettre fin, en urgence aux atteintes aux droits et libertés (§1). La jurisprudence offre quelques exemples de gestion de l'atteinte par les pouvoirs publics aux droits fondamentaux (§2). La responsabilité du fait des atteintes aux droits fondamentaux peut en outre intervenir dans les relations horizontales en droit privé sur le fondement de la responsabilité civile (§3). Tous ces mécanismes entretiennent un lien étroit avec l'intérêt général.

§1. UN MÉCANISME SANS RESPONSABILITÉ : LE RÉFÉRÉ-LIBERTÉ, POUR CONTRENER L'ACTION ADMINISTRATIVE

887. Le référé-liberté en droit administratif. Introduite par une loi du 30 juin 2000³³⁹⁸, cette procédure a vocation à régler un litige « sans [...] exercice parallèle d'un recours principal »³³⁹⁹, pour autant compatible avec elle³⁴⁰⁰. Il s'agit pour le juge de mettre fin, en cas d'urgence³⁴⁰¹ et dans un délai de quarante-huit heures, à une atteinte grave³⁴⁰² et

³³⁹⁷ X. Philippe, « Les dommages-intérêts... », *art. préc.*, spéc. p. 535, notes de bas de page n° 14 et 15 : « Décret n° 2000-657 du 13 juill. 2000 instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites ; Décret n° 2004-751 du 27 juill. 2004 instituant une aide financière en reconnaissance des souffrances endurées par les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie durant la Deuxième Guerre mondiale ; loi n° 70-632 du 15 juill. 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France ; loi n° 78-1 du 2 janv. 1978 relative à l'indemnisation des Français rapatriés d'Outre-mer dépossédés de leurs biens ; loi n° 82-4 du 6 janv. 1982 portant diverses dispositions relatives à la réinstallation des rapatriés ; loi n° 87-549 du 16 juill. 1987 relative au règlement de l'indemnisation des rapatriés ».

³³⁹⁸ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives. X. Dupré de Boulois, « Le contentieux administratif entre identité objective et conversion subjective », in *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, colloque 12 déc. 2014, J. Arletta et J. Bonnet (dir.), Pédone, p. 9 et s., spéc. p. 15 : sur le référé liberté et sa subjectivisation, l'auteur y voit une manifestation de la « subjectivisation » du recours pour excès de pouvoir.

³³⁹⁹ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 467, p. 229.

³⁴⁰⁰ M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin.*, « Référé d'urgence : le référé liberté », juill. 2021, n° 12.

³⁴⁰¹ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, n° 481, p. 235 ; M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 166 et s.

³⁴⁰² B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1120, p. 1510.

manifestement³⁴⁰³ illégale aux droits et libertés fondamentaux³⁴⁰⁴. Les mesures prises par le juge doivent être « nécessaires »³⁴⁰⁵ et « provisoires »³⁴⁰⁶. Il s'agit le plus souvent de décisions d'injonction ou de suspension³⁴⁰⁷, qui sont « réversibles », sauf si la situation l'exige³⁴⁰⁸. Le référé-liberté peut être l'occasion, depuis l'arrêt *Gonzalez-Gomez*³⁴⁰⁹, d'un contrôle de conventionnalité, concret comme abstrait³⁴¹⁰.

888. Limites du référé liberté pour les atteintes aux droits fondamentaux résultant de la loi. Malgré le caractère souvent définitif dans les faits des mesures prises pour de nombreux litiges qui ne seront jamais portés au fond³⁴¹¹, le référé-liberté ne suffirait pas et n'a pas la même fonction : le caractère provisoire³⁴¹², voire « réversible »³⁴¹³, des mesures se révèle incompatible avec une véritable réparation des atteintes. La réparation ne peut en effet être recherchée que dans le cadre d'une instance au fond³⁴¹⁴. En outre, les conditions d'admission très restrictives³⁴¹⁵, en particulier celle de l'urgence, n'en font qu'un outil incomplet pour offrir une réparation satisfaisante aux atteintes commises par la loi.

³⁴⁰³ L'atteinte doit même revêtir le caractère d'une certaine « évidence » : M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 479, p. 234.

³⁴⁰⁴ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 476, p. 232 et 233 : toutes les libertés ne sont pas invocables : certains droits-créances comme le droit au logement sont exclus, ainsi que le principe d'égalité. Certains droits et libertés sont constitutionnels, d'autres conventionnels, d'autre simplement légaux. V. aussi M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 19 et s.

³⁴⁰⁵ M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 190 et s.

³⁴⁰⁶ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 479, p. 234 ; M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 192 et s.

³⁴⁰⁷ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 471, p. 230 ; M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 187 et s.

³⁴⁰⁸ M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 193. Sauf exception, si aucune mesure provisoire ne permet de mettre fin à l'atteinte : M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 473, p. 230.

³⁴⁰⁹ CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848. V. A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *art. préc.* ; v. aussi L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*

³⁴¹⁰ V. A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *art. préc.* ; M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 479, p. 235 ; v. aussi L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité... », *art. préc.*

³⁴¹¹ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 479, p. 234. D'ailleurs, à la différence du référé-suspension, le référé-liberté peut être exercé sans recours au fond (n° 469, p. 203).

³⁴¹² M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 479, p. 234 ; M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 192 et s.

³⁴¹³ M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 193. Sauf exception, si aucune mesure provisoire ne permet de mettre fin à l'atteinte : M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 479, p. 234.

³⁴¹⁴ B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 1120, p. 1510.

³⁴¹⁵ M. Guyomar *et al.*, *Contentieux administratif, op. cit.*, n° 478, p. 233 : « destiné à offrir une alternative à l'invocation abusive d'une voie de fait, le référé-liberté est soumis à des exigences très strictes ».

§2. LA RESPONSABILITÉ DES ORGANES DE L'ÉTAT DU FAIT DE LEURS
ACTIONS OU DÉCISIONS

889. Il est possible d'engager la responsabilité des organes de pouvoir du fait de leurs décisions, indépendamment de l'action individuelle d'un agent. On trouve ainsi divers exemples de la responsabilité de l'État du fait de l'administration (A), du juge (B), ou même du législateur (C).

A. La responsabilité de l'État du fait de l'administration

890. La responsabilité du fait de la violation des droits fondamentaux par l'administration peut résulter d'une faute (1) ou d'un comportement sans faute résultant d'une impossibilité d'exécution qui est alors susceptible d'indemnisation (2).

1. La responsabilité pour faute du fait d'un manquement de
l'administration aux droits fondamentaux d'une personne privée

891. **La responsabilité engagée en raison d'une voie de fait.** La voie de fait correspond à la situation dans laquelle l'action administrative n'est pas seulement illégale, elle est « gravement irrégulière »³⁴¹⁶, en raison soit de « l'exécution forcée irrégulière d'une décision administrative, même régulière »³⁴¹⁷, soit d'« une décision manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration »³⁴¹⁸. Dans ces circonstances exceptionnelles, le juge judiciaire peut être saisi pour statuer sur l'indemnisation³⁴¹⁹. Si l'adoption du référé-liberté réduit le contentieux de la voie de fait, il convient de noter que la qualification d'une voie de fait n'est pas un « obstacle à la compétence du juge des référés »³⁴²⁰. Comme pour des hypothèses de responsabilité engagée sur le fondement des droits fondamentaux, il semble que la démonstration séparée d'un préjudice ne soit pas nécessaire³⁴²¹. Il s'agit cependant d'une responsabilité pour faute, du fait de l'administration, et non de l'application d'une loi.

892. Dans ces deux cas, il s'agit de la situation d'un manquement de l'État. Or, la nécessité de prouver ce manquement est de nature à compliquer l'accès à la réparation pour la victime. C'est la raison pour laquelle il faudrait choisir des régimes de responsabilité sans faute.

³⁴¹⁶ J. Moreau, *Rép. cont. admin.*, « Voie de fait », sept. 2016, actu. mars 2018, n° 13.

³⁴¹⁷ *Ibid.*

³⁴¹⁸ *Ibid.*

³⁴¹⁹ *Ibid.*, n° 42.

³⁴²⁰ M. de Monsebernard, *Rép. cont. admin., préc.*, n° 9.

³⁴²¹ L. Benezech, *thèse préc.*, n° 491, p. 265, note de bas de page 212, v. Civ. 3^e, 9 sept. 2009, n° 08-11.154.

2. La responsabilité sans faute du fait de l'impossibilité d'exécuter une décision administrative

893. La responsabilité sans faute de l'État pour impossibilité d'exécuter une décision en raison de l'intérêt général : l'affaire *Couitéas*. L'affaire *Couitéas* constitue un exemple d'une impossibilité d'exécution d'une décision de justice en raison de l'intérêt général, entraînant l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État³⁴²². Le sieur Couitéas possédait des terres en Tunisie, qui était à l'époque une colonie française. Il sollicitait l'expulsion de personnes installées sur sa propriété et avait obtenu en ce sens une décision de justice, dont il ne parvenait pas à obtenir l'exécution de la part des autorités par le concours de la force publique, « en raison des troubles graves » qui étaient en jeu en cas de mise en œuvre de la décision³⁴²³. Le Conseil d'État, constatant que le refus d'exécution était justifié mais entraînait une injustice pour le requérant, estima que : « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ; que si [...] le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a *danger pour l'ordre et la sécurité*, le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé [...] » ; ainsi « la privation de jouissance totale [...] a imposé [au requérant], *dans l'intérêt général*, un préjudice pour lequel il est fondé à demander une réparation pécuniaire [...] »³⁴²⁴. Il s'agit donc de la réparation d'un préjudice de violation d'un droit fondamental qui entraîne la responsabilité de l'État puisque « le refus du gouvernement porte gravement atteinte aux droits individuels du sieur Couitéas, mais dans un intérêt général »³⁴²⁵. Ainsi, « le législateur reconnaît presque toujours au particulier sacrifié à l'intérêt public le droit à une compensation pécuniaire »³⁴²⁶. Le mécanisme ressemble à l'hypothèse qui nous intéresse : il s'agit d'un préjudice causé, sans faute, à un droit fondamental, à la différence près qu'il ne procède pas d'une loi.

894. La réserve d'intérêt général devant le Conseil d'État. La situation ressemble à celle de la « réserve d'intérêt général » devant le Conseil d'État³⁴²⁷. Dans ce cas, l'intérêt général ne constitue pas une limite aux droits fondamentaux : elle se présente le plus souvent

³⁴²² B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1274, p. 1682.

³⁴²³ P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 37, p. 240 et s. : CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*.

³⁴²⁴ *Ibid.*, n° 37, p. 241 et s. : CE, 30 nov. 1923, *Couitéas* (nous soulignons).

³⁴²⁵ P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 37.1, p. 242.

³⁴²⁶ *Ibid.*

³⁴²⁷ Sur le cas particulier de la dérogation qui est « la prise en charge par la règle de droit de sa propre violation », v. A. Rouyère, *thèse préc.*, 1^{re} page intro.

comme une limite à la légalité automatique, un « amortisseur de la chose jugée au profit de l'administration »³⁴²⁸. La réserve d'intérêt général devant le Conseil d'État peut ainsi permettre de sauver un acte illégal³⁴²⁹. Dans un arrêt du 29 janvier 2013, le Conseil d'État estima que « lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un *ouvrage public a été implanté de façon irrégulière*, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, *eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible* ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, *les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général* »³⁴³⁰. Par conséquent, il s'agit d'une situation dans laquelle la légalité exigerait que l'ouvrage public soit détruit et où l'intérêt général conduit à conserver l'ouvrage. Le raisonnement semble similaire à celui adopté désormais, pour l'exécution forcée, à l'article 1221 du code civil qui dispose : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une *disproportion manifeste* entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier »³⁴³¹. Ainsi, l'exécution forcée – le cas échéant, la démolition d'une construction non conforme au contrat – n'aura pas lieu si elle se révèle disproportionnée. À la différence de la Cour de cassation, pour qui la réserve d'intérêt général sert le plus souvent à protéger la loi face aux droits fondamentaux, le Conseil d'État l'utilise ici comme une entorse à la légalité. Le mécanisme est pourtant comparable à celui qui est employé face aux droits fondamentaux, les rôles sont simplement joués différemment par les différentes normes. Les droits fondamentaux jouent le rôle de la loi et l'intérêt général intervient comme leur modérateur : « L'intérêt général intervient ici et là pour balancer, corriger les effets de la règle commune au profit de la puissance publique. Tout nous dit que cela est de l'ordre de l'indispensable. Pas seulement notre droit administratif, mais aussi, par exemple : la Convention européenne lorsqu'elle permet de restreindre les droits qu'elle proclame en raison de nécessités diverses d'ordre public, le droit

³⁴²⁸ J.-B. Auby, « À propos des réserves d'intérêt général », *art. préc.*

³⁴²⁹ F. Brenet, « Les réserves d'intérêt général », *art. préc.*, n° 27, p. 153 et 157.

³⁴³⁰ CE, sect., 29 janv. 2013, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, n° 245239, *Rec. CE* 21, v. F. Brenet, « Les réserves d'intérêt général », *art. préc.*

³⁴³¹ Sur ce texte, v. M. Cormier, *thèse préc.*

communautaire lorsqu'il admet des atténuations aux grandes libertés au nom de l'ordre public, de la santé publique »³⁴³². D'ailleurs, les débats sur le rôle du juge ont les mêmes enjeux que dans le cas du conflit entre l'intérêt général et les droits fondamentaux ; la modération de la règle par le juge interroge sur sa compétence : « Le problème est que le principe – inhérent à l'État de droit – qui impose de tirer les conséquences des décisions juridictionnelles » ; en effet, il « n'appartient pas au juge [...] de lui fixer des limites. [...] Spécialement dans ce cas, en effet, il faut sans doute considérer que seule la loi – ou la Constitution, ou une norme internationale – est susceptible de dire que la chose jugée peut céder devant telle ou telle considération d'intérêt général »³⁴³³. Dans ce cas, l'intérêt général permet donc d'atténuer les effets de la loi. On retrouve l'idée, commune avec l'arrêt *Couitéas*, selon laquelle, dans certains cas exceptionnels, l'application rigide de la loi peut aller contre l'intérêt général.

B. La responsabilité de l'État du fait du juge

895. La responsabilité de l'État du fait de la procédure trop longue. La responsabilité de l'État peut également être engagée pour la durée excessive d'une procédure, en particulier dans le domaine pénal, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁴³⁴. Toutefois, cette situation ne saurait s'analyser en une responsabilité du fait de la loi : elle procède plutôt d'un manquement de l'autorité judiciaire³⁴³⁵. Il s'agit d'un manquement de fait davantage que d'un dommage résultant de l'application d'une règle de droit.

C. La responsabilité de l'État du fait de la loi

896. Remettant en cause une jurisprudence établie de longue date³⁴³⁶, le droit administratif prévoit dans certains cas bien précis d'engager la responsabilité du législateur du

³⁴³² J.-B. Auby, « À propos des réserves d'intérêt général », *art. préc.*, spéc. p. 6.

³⁴³³ *Ibid.*

³⁴³⁴ L. Benezech, *thèse préc.*, n° 493, p. 267, v. Crim., 3 sept. 2014, n° 13-85.563 ; Crim., 24 avr. 2013, n° 12-82.863 et Crim., 12 avr. 2016, n° 15-81.487.

³⁴³⁵ V. Crim., 24 avr. 2013, n° 12-82.863 : la cour d'appel énonce que « la procédure n'a pas suivi un cours normal, en ce que des périodes d'inactivité sont imputables à l'autorité judiciaire qui n'a, [...] que cette situation est contraire à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme ». L'arrêt est cassé car la cour d'appel avait annulé l'ensemble de la procédure au lieu de réparer le préjudice lié à sa durée ; la Cour de cassation rappelle dans l'attendu de principe que « si la méconnaissance du délai raisonnable peut ouvrir droit à réparation, elle est sans incidence sur la validité des procédures ».

³⁴³⁶ P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, préf. G. Vedel, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 88, 1969, n° 381, p. 252. V. aussi L. Weymuller, *mémoire préc.*, p. 115 et 116 : l'auteur voit dans cette évolution une manifestation de la « "subjectivisation" du droit administratif ».

fait d'une loi³⁴³⁷. Il peut s'agir d'une responsabilité pour faute pour la malfaçon d'une loi (1), ou d'une responsabilité sans faute du fait d'une loi qui cause un préjudice anormal (2).

1. La responsabilité pour faute du législateur

897. La responsabilité pour faute de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Gardedieu*, rendu en 2007, le Conseil d'État admit la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour l'édiction d'une disposition contraire à une convention internationale, ce qui revenait, selon de nombreux auteurs ayant critiqué cette décision, à reconnaître tacitement la responsabilité pour faute de l'État du fait d'une loi³⁴³⁸. Il était question d'une loi validant un décret relatif au paiement de cotisations du régime d'assurance vieillesse des chirurgiens-dentistes. S'estimant lésé, l'un des adhérents rechercha la responsabilité de l'État sur le fondement de la violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour administrative d'appel avait écarté les prétentions aux motifs que : « la validation litigieuse, qui avait eu pour objet de préserver l'équilibre financier de la caisse autonome de retraite des chirurgiens-dentistes, était intervenue dans un but d'intérêt général suffisant »³⁴³⁹. Le Conseil d'État, refusant la qualification de motif impérieux d'intérêt général au but financier poursuivi, conclut à l'engagement de la responsabilité de l'État et indemnisa le préjudice du requérant³⁴⁴⁰. Il s'agissait cependant d'une incompatibilité liée à la loi elle-même, envisagée *in abstracto*, et non simplement de son application au litige. Certains y virent en germe la possibilité d'engager la responsabilité de l'État en cas de loi inconstitutionnelle³⁴⁴¹ :

³⁴³⁷ Pour une étude sur le sujet, v. C. Broyelle, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 236, 2003. Pour une étude d'ensemble antérieure à 2007 : O. Gohin, « La responsabilité de l'État en tant que législateur », *RIDC* 1998.595.

³⁴³⁸ P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif droit administratif*, *op. cit.*, n° 850-2, p. 524 ; F. Melleray, « Les arrêts *GIE Axa Courtage* et *Gardedieu* remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ? », in *Terres du droit – Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 489 et s., spéc. p. 499. Le professeur Didier Truchet voit dans cette omission une « hypocrisie », D. Truchet, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 411. Sur la présentation de la responsabilité de l'arrêt *Gardedieu* comme une responsabilité *sui generis*, v. P. Bon, « L'arrêt *La Fleurette* aujourd'hui », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2007, p. 185 et s., p. 199, dans la dernière note de bas de page de l'article (note 44), l'auteur signale que l'article fut achevé avant l'arrêt *Gardedieu* mais ajoute quelques remarques sur le sujet : selon lui, le Conseil d'État n'a pas voulu reconnaître de responsabilité pour faute en raison de la séparation des pouvoirs, la responsabilité est donc *sui generis*, sans préjudice spécial et anormal ni rupture d'égalité devant les charges publiques (à la différence de l'arrêt *La Fleurette*). Il conclut la note par cette phrase : « Dans ces conditions, il n'est pas certain que l'arrêt *Gardedieu* aide à clarifier les catégories juridiques du droit de la responsabilité mais au moins a-t-il l'immense mérite de permettre dorénavant d'engager la responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle même si le terrain de la responsabilité pour faute ne nous aurait pas personnellement choqué ».

³⁴³⁹ CE, 8 févr. 2008, *Gardedieu*, n° 279522.

³⁴⁴⁰ *Ibid.*

³⁴⁴¹ C. Cerda-Guzman, « De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des convention internationales et responsabilité de l'État du fait des lois », *RFDA* 2012.38 ; M. Disant, « La responsabilité de l'état du fait de la loi inconstitutionnelle », *RFDA* 2011.1181, v. Cons. const., 11 févr. 2011, n° 2010-102 QPC, en estimant que la « reconnaissance a d'ores et déjà connu un premier pas ».

ce fut chose faite en 2019 avec l'arrêt *Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren*³⁴⁴², qui reprenait les conditions de l'arrêt *Gardedieu* dans le contexte d'une inconstitutionnalité³⁴⁴³.

898. Des cas d'incompatibilité *in abstracto*. Ces cas correspondent à la responsabilité du fait de lois contraires en soi aux droits fondamentaux, ce qui revient à une forme de responsabilité pour faute, dans la mesure où le législateur viole alors son obligation de respecter les traités internationaux. Le remède, à terme, serait l'abrogation ou la modification de la loi. Or, la logique de remise en cause des effets du contrôle *in concreto* concerne exclusivement les cas de règles compatibles abstraitement aux droits fondamentaux, mais qui conduisaient à des situations inacceptables à titre individuel. Il s'agirait alors de réparer les conséquences des atteintes, davantage dans une logique de « rééquilibrage »³⁴⁴⁴ que de responsabilité. L'État n'aurait pas commis de faute en édictant la loi puisqu'elle n'est pas en elle-même contraire à ses engagements internationaux.

2. La responsabilité sans faute

899. La responsabilité sans faute de l'État du fait de la loi régulière : la jurisprudence *La Fleurette*. L'arrêt *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*³⁴⁴⁵ constitue un exemple d'engagement de la responsabilité sans faute de l'État du fait d'une loi régulière³⁴⁴⁶. Comme dans l'arrêt *Couitéas*, le fondement de la responsabilité était l'égalité devant les charges publiques³⁴⁴⁷. La société *La Fleurette* avait en effet été victime de l'entrée en vigueur d'une loi interdisant de commercialiser des produits ayant le même usage culinaire que la crème, mais sans contenir exclusivement des produits laitiers³⁴⁴⁸. Le produit concerné

³⁴⁴² CE, Ass., 24 déc. 2019, *Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren*, n° 425983, P. Delvolvé et al., *Les grands arrêts...*, op. cit., n° 117, p. 1001. La non-conformité de la loi fut déclarée par la décision Cons. const., 1^{er} août 2013, n° 2013-336 QPC et concernait la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence et des objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (cons. 16 et s.) en s'abstenant de définir le critère permettant de soumettre certaines entreprises publiques à l'obligation de participation au capital des salariés.

³⁴⁴³ P. Delvolvé et al., *Les grands arrêts...*, op. cit., n° 117.2, p. 1007.

³⁴⁴⁴ Sur ce terme en matière de proportionnalité, v. H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », art. préc.

³⁴⁴⁵ P. Delvolvé et al., *Les grands arrêts...*, op. cit., n° 46, p. 307 et s. : CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*.

³⁴⁴⁶ P. Wachsmann, « But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité du fait des lois », in *L'intérêt général – Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 679 et s., spéc. p. 679 ; A. Chauvet, « Le contrôle de proportionnalité... », art. préc., spéc. p. 32 : l'auteur l'évoque dans la perspective inverse de celle qui sera développée ici. Selon lui en effet, le contrôle *in concreto* rend obsolète la responsabilité du fait de la loi : « En effet, n'est-il pas plus pertinent de ne tout simplement pas appliquer la loi dans ces situations problématiques, plutôt que de laisser le dommage se produire puis l'indemniser ? » (p. 32 et 33). V. aussi P. Delvolvé et al., *Les grands arrêts...*, op. cit., n° 46, p. 307 et s. : CE, 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*.

³⁴⁴⁷ P. Delvolvé et al., *Les grands arrêts...*, op. cit., n° 37, p. 240 et s. : CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*.

³⁴⁴⁸ *Ibid.*, n° 46.II, p. 309.

étant composé d'un mélange de lait, d'huile et d'œufs³⁴⁴⁹, l'entreprise se trouvait forcée de cesser son activité³⁴⁵⁰. Le Conseil d'État estima qu'il importait de ne pas faire peser cette charge sur la société, seule concernée par cette difficulté, puisque le législateur n'avait pas entendu la sanctionner, le produit litigieux n'étant pas dangereux pour la santé³⁴⁵¹. La réparation fut soumise à deux conditions : l'une tenant à l'absence d'exclusion de toute indemnisation par le législateur³⁴⁵², et l'autre visant le préjudice, qui devait être « grave », « spécial » et « anormal », revenant en d'autres termes à « [imposer] à une catégorie limitée de personnes des charges plus lourdes que les sacrifices normaux que requiert la vie en collectivité »³⁴⁵³. Les cas d'application de cette jurisprudence sont ainsi « peu fréquents »³⁴⁵⁴. Dans une logique similaire, le Conseil constitutionnel veille désormais à ce que les « ruptures caractérisées » de l'égalité devant les charges publiques « au vu de l'objectif d'intérêt général poursuivi » reçoivent indemnisation³⁴⁵⁵. En outre, il est intéressant de noter que la Cour européenne des droits de l'homme utilise de temps en temps l'expression de « charge spéciale et exorbitante », dans le cadre de l'application de l'article 1^{er}§2 du premier Protocole additionnel, pour qualifier la disproportion et le non-respect du juste équilibre en matière d'atteinte au libre usage des biens³⁴⁵⁶.

900. Une loi d'intérêt général ? Selon quelques auteurs, la solution de l'arrêt *La Fleurette* n'a été adoptée que parce que l'intérêt général de la loi était discutable, notamment en l'absence de dangerosité du produit pour la santé³⁴⁵⁷. Auparavant, la pratique jurisprudentielle voulait que l'intérêt général « prééminent » interdise d'indemniser du fait de la loi³⁴⁵⁸. Le professeur Patrick Wachsmann considère notamment que l'admission d'une telle

³⁴⁴⁹ P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 46.1.II, p. 309.

³⁴⁵⁰ *Ibid.*, n° 46.2, p. 309.

³⁴⁵¹ *Ibid.*, n° 46.2, p. 309.

³⁴⁵² C. Cerda-Guzman, « De la distinction... », *art. préc.* ; P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 46.2, p. 309.

³⁴⁵³ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 139, p. 179.

³⁴⁵⁴ *Ibid.*

³⁴⁵⁵ *Ibid.*, n° 141, p. 181 : v. Cons. const., 20 janv. 2011, n° 2010-624 DC, cons. 17 : « Considérant que l'article 13 de la Déclaration de 1789 dispose : "Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés" ; que le bon usage des deniers publics constitue une exigence constitutionnelle ; que, si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ; que le respect de ce principe ainsi que l'exigence de bon emploi des deniers publics ne seraient pas davantage assurés si était allouée à des personnes privées une indemnisation excédant le montant de leur préjudice » (nous soulignons).

³⁴⁵⁶ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 596, p. 910.

³⁴⁵⁷ P. Wachsmann, « But d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 680.

³⁴⁵⁸ D. Lochak, « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative – À la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation », in *Le droit administratif en mutation*, PUF, Publications du CURAPP, 1993, p. 275 et s., spéc. p. 310. V. aussi L. Weymuller, *mémoire préc.*, p. 116. V. pour

responsabilité se fondait sur la nature économique de l'objectif poursuivi, qui témoignait d'une « dégradation de la chose publique »³⁴⁵⁹, et qui dissimulait en réalité une responsabilité pour faute du législateur³⁴⁶⁰, en ce que la loi ne poursuivait pas véritablement un enjeu d'intérêt général³⁴⁶¹. Toutefois, le Conseil d'État admit par la suite l'indemnisation de certains requérants pour des situations dans lesquelles un « préjudice [...] procède directement de l'objectif d'intérêt général [...] visé par la loi »³⁴⁶², dans une logique qui n'était pas économique et qui se rattachait davantage à un intérêt général traditionnel : ce fut le cas à l'occasion de la décision de 2003, *Association le développement de l'aquaculture en région Centre*, dans laquelle le Conseil d'État accepta d'indemniser les activités agricoles perturbées par les cormorans, espèce protégée sur le fondement de la loi de 1976³⁴⁶³, cette protection étant justifiée par un « intérêt scientifique particulier », constitué par « les nécessités de la préservation du patrimoine biologique justifient la conservation d'espèces animales non domestiques »³⁴⁶⁴. Quoi qu'il en soit, l'intérêt général joue un rôle important : l'indemnisation sera ainsi refusée sur ce fondement si la loi a eu pour objectif de mettre fin à une activité « dangereuse » ou « nuisible »³⁴⁶⁵, si la mesure « a été prise dans un intérêt économique et social d'ordre général »³⁴⁶⁶, ou simplement si le législateur a « entendu [l']exclure » dans « la loi » ou les « travaux préparatoires »³⁴⁶⁷, notamment lorsqu'il a prévu dans la loi elle-même un système d'indemnisation³⁴⁶⁸. Toutefois, le silence ne vaut plus exclusion de réparation³⁴⁶⁹. La question fut renouvelée devant le Conseil constitutionnel qui « s'oppos[a] à l'interprétation d'une loi excluant par avance tout droit à réparation », ou « allouant une réparation supérieure au préjudice subi »³⁴⁷⁰.

illustration, M. Guyomar, concl. sur CE, 6^e et 1^{re} ss-sect., 2 nov. 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, n° 266564.

³⁴⁵⁹ P. Wachsmann, « But d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 680.

³⁴⁶⁰ *Ibid.*, spéc. p. 680 et 681.

³⁴⁶¹ C. Cerda-Guzman, « De la distinction... », *art. préc.*, v. P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 46.4, p. 310 : « toute loi intervenue dans un intérêt général et prééminent contient implicitement une telle exclusion », en d'autres termes, la loi adoptée dans l'intérêt général ne devrait pas entraîner l'engagement de la responsabilité de l'État. V. aussi C. Broyelle, *thèse préc.*, p. 148 et 149.

³⁴⁶² P. Wachsmann, « But d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 681.

³⁴⁶³ Loi n° 76-629 du 10 juill. 1976 relative à la protection de la nature.

³⁴⁶⁴ CE, 30 juill. 2003, *Association le développement de l'aquaculture en région Centre et al.*, n° 215957, v. P. Wachsmann, « But d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 681.

³⁴⁶⁵ P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 46.4, p. 310.

³⁴⁶⁶ *Ibid.*, n° 46.5, p. 310.

³⁴⁶⁷ *Ibid.*, n° 46.4, p. 310.

³⁴⁶⁸ *Ibid.*, n° 46.6, p. 311.

³⁴⁶⁹ *Ibid.*, n° 46.6, p. 312, depuis l'arrêt CE, 6^e et 1^{re} ss-sect., 2 nov. 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, n° 266564.

³⁴⁷⁰ P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, n° 46.11, p. 313, sur Cons. const., 20 janv. 2011, n° 2010-624 DC.

901. Ainsi, la jurisprudence *La Fleurette* repose en quelque sorte doublement sur l'intérêt général : la nécessité de la confiance dans la loi requiert de maintenir la règle pensée par le législateur ; l'intérêt général exige simultanément de ne pas faire subir à certains citoyens les conséquences involontaires et injustes qu'elle pourrait entraîner.

§3. RESPONSABILITÉ HORIZONTALE ET DROITS FONDAMENTAUX

902. La réparation par la responsabilité civile des atteintes aux droits fondamentaux : applications horizontales. Le mécanisme de responsabilité n'est pas étranger aux droits fondamentaux³⁴⁷¹. Sur le modèle de la responsabilité civile, des atteintes aux droits fondamentaux peuvent être réparées³⁴⁷² : l'atteinte à la vie privée par l'exercice de la liberté d'expression³⁴⁷³, ou encore la violation de l'obligation d'information du médecin envers son patient³⁴⁷⁴. Ces mécanismes ont pour particularité de poser une présomption de préjudice³⁴⁷⁵. Il ne s'agit pour la plupart de ces cas que de réparation de violations horizontales³⁴⁷⁶, survenues entre particuliers, sans implication directe de l'État. Ce cas de responsabilité pour atteinte aux droits fondamentaux est revêtu d'une certaine « autonomie »³⁴⁷⁷.

903. Les différentes formes de réparation en droit de la responsabilité civile. Le droit de la responsabilité vise traditionnellement la « réparation » et « l'indemnisation » pour « compenser » le dommage³⁴⁷⁸. Le plus souvent, elle est pécuniaire et s'incarne dans l'octroi de dommages et intérêts³⁴⁷⁹.

904. La satisfaction équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme ne parle ni de réparation, ni d'indemnisation : elle utilise le vocable de « satisfaction équitable », à l'article 41 : « si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour

³⁴⁷¹ B. Girard, *thèse préc.*

³⁴⁷² E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 768 et s., p. 440 et s.

³⁴⁷³ L. Benezech, *thèse préc.*, n° 491, p. 264.

³⁴⁷⁴ *Ibid.*, n° 492, p. 262.

³⁴⁷⁵ *Ibid.*, n° 495 à 497, p. 268 et 269 ; X. Dupré de Boulois, « Droits fondamentaux et présomption de préjudice », *RDLF* 2012.10 ; E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 769, p. 440.

³⁴⁷⁶ V. F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 87 et s., spéc. p. 117 et s.

³⁴⁷⁷ E. Ripoche, *thèse préc.*, n° 770, p. 442.

³⁴⁷⁸ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017, n° 2, p. 7.

³⁴⁷⁹ *Ibid.*, n° 110, p. 143.

accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable »³⁴⁸⁰. En droit interne, la victime d'une violation peut également demander un réexamen de son affaire, en matière pénale mais également en droit civil, depuis la loi du 18 novembre 2016³⁴⁸¹. Une « double obligation » de « cessation de l'illicite » et de « réparation »³⁴⁸² incombe donc à l'État. En vertu du « libre choix des moyens », l'État n'est pas tenu de prendre des mesures *in abstracto*, mais il doit au moins « mettre fin à la violation constatée » et « en effacer les conséquences »³⁴⁸³. Il doit au minimum prendre des mesures « individuelles – et/ou le cas échéant générales »³⁴⁸⁴. En ce qui concerne la réparation, il doit privilégier la « *restitutio in integrum* »³⁴⁸⁵. En d'autres termes, l'État doit en premier lieu mettre en place une réparation en nature³⁴⁸⁶, et éventuellement avoir recours à une compensation pécuniaire en complément³⁴⁸⁷. Le système proposé s'inspirerait partiellement de cette logique : la réparation ne serait ni véritablement en nature, cette dernière revenant à écarter l'application de la loi, ni uniquement par équivalent, puisqu'il est rare que le dommage puisse être simplement compensé financièrement³⁴⁸⁸.

905. Ainsi, en se fondant sur les enseignements de tous ces mécanismes, on peut dégager plusieurs éléments. D'une part, la réparation de l'atteinte aux droits fondamentaux existe, dans les rapports entre personnes privées ou avec les personnes publiques. D'autre part, elle se fonde sur une certaine vision de l'intérêt général, qui implique de prendre en compte les cas limites et d'évincer la stricte légalité dans les situations où cette dernière ferait peser une charge excessive sur un justiciable. La réparation doit enfin avoir lieu sans nécessité de démontrer une faute, pour ne pas compliquer excessivement sa mise en œuvre. La logique n'est ainsi pas étrangère à celle de la « réserve d'intérêt général » en droit administratif : le maintien de la loi permet de satisfaire l'intérêt général ; la réparation limite les atteintes aux droits et libertés fondamentaux. Le mécanisme correspondrait d'ailleurs davantage à une satisfaction

³⁴⁸⁰ G. Viney *et al.*, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*, n° 3, p. 9 et 10. Sur le point de savoir si ces mécanismes entraînent un « droit subjectif à réparation » : L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international...*, *op. cit.*, n° 1226 et s., p. 1383 et s. (les auteurs concluent par la négative). En revanche les États supportent une obligation de cessation : *ibid.*, n° 1232 et s., p. 1388 et s.

³⁴⁸¹ Art. L. 452-1 c. org. jud., créé par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016. V. H. Fulchiron, « Gestation pour autrui : première demande de réexamen, premier succès », *Dr. fam.* 2018.227.

³⁴⁸² F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 238, p. 377.

³⁴⁸³ *Ibid.*

³⁴⁸⁴ *Ibid.*

³⁴⁸⁵ G. Viney *et al.*, *Traité de droit civil...*, *op. cit.*, n° 3, p. 9.

³⁴⁸⁶ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 238, p. 377.

³⁴⁸⁷ *Ibid.*, n° 239, p. 378.

³⁴⁸⁸ X. Philippe, « Les dommages-intérêts... », *art. préc.*, spéc. p. 536.

équitable qu'à une véritable responsabilité. Il ne s'agit pas tant de réparer ou d'indemniser, puisque le mécanisme s'éloigne d'une logique de responsabilité, mais de « rééquilibrer »³⁴⁸⁹.

906. Conclusion de la section. Ainsi, le droit administratif offre plusieurs illustrations de réparation des dommages causés par la loi, avec ou sans mise en cause de la responsabilité. Ces enseignements sont utiles pour étendre la logique aux droits fondamentaux. Il serait en effet possible de décider, au lieu d'écarter la loi au cas par cas, de réparer les atteintes aux droits fondamentaux dans les cas exceptionnels où elles surviennent de façon disproportionnée. Une telle logique permettrait de préserver la loi tout en assurant une protection efficace des droits fondamentaux.

SECTION 2 : LA PROPOSITION DE PASSAGE À UNE LOGIQUE DE D'ATTÉNUATION DE LA DISPROPORTION POUR PROTÉGER LA RÈGLE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

907. Il convient donc de proposer une méthode d'atténuation des atteintes aux droits fondamentaux par des lois conformes aux engagements internationaux ainsi qu'à la Constitution, sans pour autant affaiblir la loi en l'écarter pour les cas particuliers. L'idée est de suggérer une logique de réparation exceptionnelle fondée sur l'intérêt général en raison de l'application de la loi abstraitement conforme aux droits fondamentaux. L'objectif est de protéger l'intérêt général en maintenant l'égalité devant la loi et en préservant davantage la volonté du législateur. L'idée serait d'analyser la proportionnalité entre le but d'intérêt général poursuivi et le « sacrifice » supporté par « quelques-uns »³⁴⁹⁰, en vue d'un « rééquilibrage »³⁴⁹¹ de la situation qui ne serait pas nécessairement pécuniaire³⁴⁹², ce qui se rapproche du système adopté par la Cour européenne dans le cadre de la satisfaction équitable³⁴⁹³. La responsabilité de l'État peut ainsi constituer une source d'inspiration, devenir le « produit de luxe »³⁴⁹⁴ dont

³⁴⁸⁹ Sur ce terme en matière de proportionnalité, v. H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*

³⁴⁹⁰ P. Wachsmann, « But d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 686 ; X. Philippe, « Les dommages-intérêts... », *art. préc.*, spéc. p. 534 : « l'idée régissant cette forme de responsabilité repose sur l'existence d'une discrimination entre les individus au sein de la collectivité qui ferait reposer sur les épaules de quelques-uns, une décision qui devrait incomber à tous et prise dans l'intérêt général de la collectivité ».

³⁴⁹¹ Sur ce terme en matière de proportionnalité, v. H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*

³⁴⁹² X. Philippe, « Les dommages-intérêts... », *art. préc.*, spéc. p. 536, v. *infra*, n° 909.

³⁴⁹³ F. Sudre *et al.*, *Droit européen...*, *op. cit.*, n° 237 à 239, p. 375 à 382.

³⁴⁹⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 1538 p. 1380 : « ainsi aménagée et mise en œuvre, la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois et des conventions internationales apparaît bien comme un produit de luxe : on ne s'en sert pas tous les jours », repris par P. Wachsmann, « But d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 680 et 686, qui nuance l'expression, à la note de bas de page n° 4 : « on se permettra un désaccord avec

le juge se dote en raison de la rareté et du caractère spectaculaire de la situation. Le mécanisme a donc vocation à intervenir après le contrôle de proportionnalité *in concreto*, pour modifier simplement sa conséquence : au lieu d'écarter l'application de la loi, il s'agit d'en compenser les conséquences en raison de l'intérêt général. Le texte proposé (§1) sera mis en application au moyen de quelques exemples (§2).

§1. TEXTE PROPOSÉ

908. Proposition de texte. Il s'agirait donc de donner au juge le pouvoir d'ordonner des mesures exceptionnelles de réparation dans le cas d'une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux. La loi serait en effet conforme à la Constitution ou à la Convention européenne des droits de l'homme, mais porterait pourtant une atteinte disproportionnée dans son application aux droits et libertés. Un texte pourrait être ainsi rédigé : « *Lorsque le contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité révèle, dans un litige, que l'application concrète d'une disposition conforme, en elle-même, aux droits fondamentaux, conduit à une atteinte disproportionnée au droit fondamental d'une partie, le juge applique la loi et ordonne toute mesure destinée à supprimer cette disproportion* ». Il pourrait constituer par exemple un article 5-1 du code civil : ainsi il serait applicable au juge judiciaire comme au juge administratif³⁴⁹⁵. Sa généralité et son lien avec la protection de la mise en œuvre de la loi le placent naturellement dans le titre préliminaire du code civil intitulé « *De l'application des lois en général* ».

909. « Lorsque du contrôle de constitutionnalité ». Bien que le contrôle de constitutionnalité soit exclusivement abstrait, l'application concrète de la loi peut donner lieu à des atteintes disproportionnées aux droits des parties. Il serait ainsi envisageable d'imaginer une réparation en cas de refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité pour défaut de caractère sérieux, ou de transmission sans déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil ou encore en cas d'inconstitutionnalité avec d'abrogation différée. Dans ce cas, le justiciable, qui ne pourrait bénéficier de la remise en cause abstraite d'une loi qui ne serait pas envisagée dans son application concrète, pourrait demander réparation d'une atteinte à sa situation particulière.

l'éminent auteur : ce qui caractérise le produit de luxe est moins la rareté de son utilisation que celle de son acquisition ». Nous retiendrons ici les deux visions complémentaires.

³⁴⁹⁵ À la différence du code de procédure civile et du code de l'organisation judiciaire.

910. « *Ou de conventionnalité* ». La disposition vise les conventions internationales porteuses de droits fondamentaux d'application directe³⁴⁹⁶. À l'heure actuelle, le texte viserait principalement la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour, mais il pourrait s'étendre à une autre convention internationale, existante ou future. Dans le cadre de la Convention européenne, il s'agit d'englober à la fois les droits issus directement du texte et ceux introduits par la jurisprudence de la Cour, sachant que depuis 2011, les arrêts de la Cour font autorité, même lorsqu'ils sont rendus contre un autre État membre³⁴⁹⁷. Faut-il se limiter, comme le suggèrent certains à propos des arrêts d'Assemblée plénière de 2011, à une jurisprudence « claire, précise, constante et transposable en France »³⁴⁹⁸ ? Le professeur Jean-Pierre Marguénaud suggère par exemple à ce sujet de s'appuyer sur la notion de « jurisprudence bien établie de la Cour », à laquelle fait référence le Protocole n° 14, pour admettre la possibilité de rendre des arrêts dans une formation réduite de trois juges³⁴⁹⁹. Toutefois, il n'est pas certain que cette restriction soit compatible avec les exigences conventionnelles. C'est la raison pour laquelle il est sans doute plus prudent de laisser cet élément à l'appréciation souveraine du juge, en lui laissant la liberté de faire référence à un arrêt isolé doté d'une grande portée ou au contraire à une jurisprudence bien établie, même menacée de revirement.

911. « *Dans un litige* ». L'affirmation peut sembler évidente mais elle rejoint celle de l'article 23-2 relatif à la question prioritaire de constitutionnalité qui prévoit que la règle transmise pour une question prioritaire de constitutionnalité doit être « applicable au litige ». Le juge ne saurait statuer *ultra petita*, il ne peut réparer que les atteintes qui sont constatées dans le cadre d'un litige et qui résultent de l'application d'une règle mise en œuvre dans ce dernier. Il convient d'ajouter qu'elles doivent donc être soulevées en temps utile. Cette précision rejoint le cas de l'atteinte *in concreto*.

³⁴⁹⁶ Sur l'applicabilité directe des traités internationaux, v. D. Carreau, *Rép. dr. internat.*, « Traité international », sept. 2010, actu. avr. 2019, n° 111s : « le Conseil d'État juge qu'une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif (sauf lorsqu'il s'agit d'un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct) lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité en cause, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ». V. CE, Ass., 11 avr. 2012, n° 322326 (G. Dumont, M. Lombard et J. Sirinelli, *Droit administratif*, *op. cit.*, n° 52, p. 35).

³⁴⁹⁷ Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049.

³⁴⁹⁸ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, *op. cit.*, n° 298, p. 379 ; J.-P. Marguénaud, « La reconnaissance... », *art. préc.*, spéc. p. 731 ; v. *supra*, n° 221.

³⁴⁹⁹ J.-P. Marguénaud, « La reconnaissance... », *art. préc.*, spéc. p. 729 ; v. *supra*, n° 221.

912. « *Révèle [...] que l'application concrète d'une disposition conforme en elle-même* ». Il s'agit de viser le cas dans lequel la loi est *en soi* conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution et passe donc sans obstacle le contrôle de conventionnalité *in abstracto*. En effet, il semble qu'aujourd'hui, il ne soit pas possible de revenir sur la vision de la hiérarchie des normes telle qu'elle est appliquée et sur le contrôle *in abstracto* de la loi, qu'il soit effectué par le Conseil constitutionnel, ou par le juge ordinaire sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme. Le mécanisme semble avoir pris une place définitive ; il s'inscrit dans la nécessité contrôler de la loi afin d'éviter les atteintes aux droits fondamentaux. À l'inverse, le contrôle *in concreto* suscite d'importantes critiques de la part de la doctrine en termes de sécurité juridique et il inquiète aussi les magistrats³⁵⁰⁰. Il s'agit donc de modifier la conséquence actuelle du contrôle *in concreto* – l'éventuelle éviction de la loi – tout en prenant en compte les atteintes que peuvent subir les individus pour proposer une réparation. Le texte ne concernerait donc que l'inconstitutionnalité ou l'inconventionnalité liée à l'application particulière d'une loi. Sans refuser le contrôle *in concreto*, il s'agit simplement de changer sa conséquence éventuelle. La disposition proposée ne pourrait dès lors pas s'appliquer aux litiges comme celui de l'affaire dite *Perruche*³⁵⁰¹ : le contentieux portait en réalité sur l'incompatibilité abstraite des dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002³⁵⁰² à la Convention européenne des droits de l'homme. La politique jurisprudentielle de la Cour de cassation³⁵⁰³, après la condamnation sur le fondement de l'article 6 de la Convention³⁵⁰⁴, fut d'admettre les recours pour les litiges nés antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

913. « *Aux droits fondamentaux* ». L'expression, qui rejoint le choix de vocabulaire du sujet de cette étude³⁵⁰⁵, a vocation à englober tous les droits et libertés fondamentaux, quelle que soit leur source, conventionnelle ou constitutionnelle. Ils peuvent résulter des textes ou des jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

914. « *Conduit à une atteinte disproportionnée au droit fondamental d'une partie* ». Il convient de démontrer la disproportion de l'atteinte, tout en s'appuyant éventuellement sur la présomption de dommage prévue dans les cas de responsabilité du fait de la violation horizontale des droits fondamentaux³⁵⁰⁶. En effet, bien que spectaculaire du point

³⁵⁰⁰ V. not. B. Pireyre, « Note relative au contrôle de proportionnalité... », *art. préc.* ; v. aussi V. Vigneau, « Libres propos d'un juge... », *art. préc.*

³⁵⁰¹ Ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701.

³⁵⁰² Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³⁵⁰³ V. not. Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, n° 02-12.260, 02-13.775, 01-16.684 et 01-17.042 (3 arrêts).

³⁵⁰⁴ CEDH, 6 oct. 2005, *Maurice c. France*, *préc.* ; CEDH, 6 oct. 2005, *Draon c. France*, *préc.*

³⁵⁰⁵ V. *supra*, n° 24.

³⁵⁰⁶ V. *supra*, n° 902.

de vue des sources et des enjeux juridiques symboliques, le refus d'application de la loi en raison de la violation des droits fondamentaux pour le cas particulier reste un cas – heureusement pour l'ordre juridique et les justiciables ! – minoritaire. Comme en matière de responsabilité du fait de l'atteinte droits fondamentaux, la démonstration d'un préjudice n'apparaît ici pas nécessaire, dès lors que l'atteinte est disproportionnée ; il est alors présumé³⁵⁰⁷. Le caractère disproportionné de l'atteinte rassemble implicitement les critères de la jurisprudence *La Fleurette* : la « gravité », et le caractère « spécial » et « anormal » de l'atteinte³⁵⁰⁸. Ces trois éléments de gravité, de caractère exceptionnel et d'anormalité se retrouvent en réalité dans la combinaison de la disproportion de l'atteinte et du cantonnement à une approche *in concreto* : si la loi est conforme aux droits fondamentaux abstraitement mais qu'elle les bafoue dans son application concrète, c'est que l'atteinte est à la fois spéciale et anormale. Dès lors qu'elle est disproportionnée, alors, au regard des droits fondamentaux, elle est grave.

915. « *Le juge applique la loi* ». L'objectif de la disposition proposée est de supprimer le résultat actuel du contrôle *in concreto* qui est l'éviction de la loi dans le cas particulier. Le juge ne peut refuser d'appliquer la loi mais il doit s'attaquer à la disproportion de l'atteinte aux droits fondamentaux.

916. « *Et ordonne toute mesure destinée à supprimer cette disproportion* ». La mesure doit avoir pour effet de supprimer la disproportion, ce qui ne revient pas à supprimer l'atteinte. En effet, une atteinte aux droits fondamentaux peut être acceptable, dès lors qu'elle est proportionnée³⁵⁰⁹. Le juge n'a donc pas besoin de prescrire des mesures de nature à supprimer l'atteinte, dès lors qu'il efface son caractère disproportionné. Le juge se trouve ainsi doté de pouvoirs exceptionnels avec l'objectif d'atténuer les difficultés de la situation des parties. Le caractère inacceptable de l'atteinte réside dans le fait, qu'un groupe très restreint d'individus, supporte un dommage du fait d'une loi ou d'une décision, pourtant socialement légitime et profitable, à l'image des jurisprudences *La Fleurette* et *Couitéas*. Il convient d'éviter que la loi, bénéfique pour le cas général, ne puisse porter gravement atteinte aux intérêts de

³⁵⁰⁷ V. *supra*, n° 902, et les réf. citées, not. : L. Benezech, *thèse préc.*, n° 495 à 497, p. 268 et 269 ; X. Dupré de Boulois, « Droits fondamentaux et présomption de préjudice », *art. préc.* ; E. Ripoché, *thèse préc.*, n° 769, p. 440.

³⁵⁰⁸ P. Delvolvé *et al.*, *Les grands arrêts...*, *op. cit.*, 2021, n° 46.2, p. 309 ; C. Broyelle, *thèse préc.*, p. 149 : en effet, ainsi que le souligne l'auteur, s'appuyant sur la thèse du professeur Didier Truchet, si la loi est prise dans une logique d'intérêt général, elle « profite » à tous, « pèse » sur quelques-uns seulement ; la charge que ces derniers peuvent être amenés à supporter sera alors compensée par l'avantage qu'ils en tireront », ce qui exclut la « gravité » du préjudice.

³⁵⁰⁹ V. *supra*, n° 97, la distinction, devant la Cour européenne entre une ingérence et une violation.

quelques-uns. Le juge pourra ordonner toute mesure de satisfaction de nature à atténuer les conséquences dommageables de la règle, qu'elles soient matérielles ou non, tout en maintenant son application. Il s'agit donc pour le juge de se montrer créatif sans excéder sa compétence, dans une logique de « rééquilibrage »³⁵¹⁰, plus que de réparation ou de compensation, au sens où l'entend le droit français de la responsabilité civile.

§2. QUELQUES EXEMPLES DE MISE EN ŒUVRE DU TEXTE

917. *Bitouzet et Tarascon* : des mécanismes proches sous réserve de la modification substantielle de la loi. Le mécanisme proposé pourrait ainsi être rapproché, avec certaines réserves, de la décision du Conseil d'État *Bitouzet*³⁵¹¹ de 1998. L'article 160-5 du code de l'urbanisme prévoyait en effet que : « N'ouvrent droit à aucune indemnité les servitudes instituées par application du présent code [...] et concernant, notamment, l'utilisation du sol, la hauteur des constructions, la proportion des surfaces bâties et non bâties dans chaque propriété, l'interdiction de construire dans certaines zones et en bordure de certaines voies, la répartition des immeubles entre diverses zones. Toutefois, une indemnité est due s'il résulte de ces servitudes une atteinte aux droits acquis ou une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage matériel, direct et certain ». Le requérant, qui s'était vu refuser une indemnisation car il n'entrait pas dans l'une des deux exceptions de l'article, invoquait l'incompatibilité de la disposition avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention. Le Conseil d'État, déclarant la loi conforme à la Convention, estima que : « le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude [peut] prétend[r]e à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce propriétaire supporte une *charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général* poursuivi »³⁵¹². Sur le fondement de l'anormalité du préjudice, le Conseil d'État admet d'ajouter des conditions à la loi en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme³⁵¹³. C'est de la généralisation de ce genre de mécanisme que la disposition proposée entend s'inspirer, notamment par son extension au juge judiciaire. Une solution similaire fut retenue par la décision *Commune de Tarascon*, dans laquelle le Conseil constitutionnel estima que l'article 562-4 du code de l'environnement était conforme à la Constitution puisque « le législateur n'a pas exclu toute indemnisation dans le cas exceptionnel où le propriétaire d'un

³⁵¹⁰ Sur ce terme en matière de proportionnalité, v. H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*

³⁵¹¹ CE, sect., 3 juill. 1998, n° 158592.

³⁵¹² *Ibid.*

³⁵¹³ P. Wachsmann, « But d'intérêt général... », *art. préc.*, spéc. p. 684.

bien supporterait une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi ; qu'ainsi, les pouvoirs conférés au préfet en application des dispositions contestées ne portent pas aux conditions d'exercice du droit de propriété une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »³⁵¹⁴ ; le Conseil constitutionnel admet donc des situations d'indemnisation exceptionnelles qui n'ont pas été expressément exclues par le législateur. Cependant, le texte que nous proposons implique d'agir sans modifier la loi, simplement en admettant une atténuation de ses effets.

918. L'opportunité d'une réparation non financière. Il semble que la réparation du fait de la violation des droits fondamentaux ne doive pas être exclusivement pécuniaire³⁵¹⁵. Il s'agit en effet le plus souvent de réparer une situation qui va au-delà d'un simple préjudice financier. Il est d'ailleurs très rare que les demandes impliquant les droits fondamentaux soient fondées sur un préjudice pécuniaire. Plusieurs exemples peuvent être donnés.

919. Exemple de transposition : la gestation pour autrui à l'étranger. La pratique actuelle des gestations pour autrui révèle une impuissance de l'État à empêcher que le contrat soit réalisé à l'étranger et donc un échec dans l'application de la loi. Il serait possible d'imaginer une situation d'équilibre pour remédier au dilemme auquel les autorités se trouvent confrontées entre le respect de la loi et les droits fondamentaux³⁵¹⁶. Dans les arrêts *Menesson* et *Labassée* du 26 juin 2014, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme n'estiment en aucun cas que la loi française interdisant les contrats de gestation pour autrui était contraire à la Convention ; elle considéra même qu'en l'absence de consensus, il était logique que chaque État puisse conserver son droit et qu'il s'agissait de questions de société devant être laissées à l'appréciation des autorités internes³⁵¹⁷. Elle refusa d'ailleurs de constater la violation des droits et libertés des parents³⁵¹⁸. C'est en raison de la situation des enfants que la condamnation fut

³⁵¹⁴ Cons. const., 9 sept. 2014, n° 2014-411 QPC, cons. 13 et 14

³⁵¹⁵ X. Philippe, « Les dommages-intérêts... », *art. préc.*, spéc. p. 535, en particulier note de bas de page n° 12 et p. 536 : « Si la perspective d'une indemnisation financière n'est jamais complètement écartée par une victime, elle peut ne pas constituer le fondement principal de sa demande en réparation. Telle est d'ailleurs la raison de certaines demandes d'indemnisation à l'Euro symbolique, démontrant que l'indemnisation financière n'est pas nécessairement systématiquement la raison première de toute action en responsabilité pour violation des droits fondamentaux. Ce sont davantage les conséquences de la violation d'un droit qui justifient la demande de dommages-intérêts : si celles-ci sont durables, affectent la vie quotidienne des victimes ou laissent des séquelles difficilement compensables dans leur intégralité, le recherche d'une indemnisation constituera probablement l'un des éléments clef de la demande ».

³⁵¹⁶ Sur le tiraillement subi par les magistrats, v. C. Berthier, *thèse préc.*, n° 305, p. 460 : « ils se trouvent en la matière coincés entre les attentes de la Cour EDH, leur volonté de se montrer audacieux en édictant une protection accrue des droits des enfants issus de GPA par l'instauration d'une interprétation *contra legem* de l'article 47 du code civil et l'obligation de respecter leur mission de gardien de l'uniformité de l'application des lois conformément aux souhaits du législateur interne ».

³⁵¹⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, *préc.*, §77 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, *préc.*, §56.

³⁵¹⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, *préc.*, §94 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, *préc.*, §73.

prononcée : le fait pour eux de n'avoir pas de filiation en France, ni dans aucun autre pays puisque le mécanisme ne prévoit pas de lien avec la mère gestatrice, constituait une violation de leur droit à la vie privée et familiale, notamment en raison de l'absence de protection juridique par la loi³⁵¹⁹. Dans une telle situation, les juges ne peuvent pas rester indifférents à la vulnérabilité entraînée par cette pratique du « fait accompli »³⁵²⁰. Peut-être, au lieu d'admettre la transcription des liens de filiation, vis-à-vis des parents biologiques ou d'intention le cas échéant³⁵²¹, faudrait-il imaginer un mécanisme de réparation juridique, permettant aux enfants d'accéder à un statut leur offrant à la fois une protection et un lien avec leurs parents, biologiques ou d'intention, sans pour autant cautionner un mécanisme illégal³⁵²². Il s'agirait de proposer une réparation tout en aménageant une exception vouée à stabiliser une situation inédite. Dans l'arrêt *Mennesson*, les requérants exposent les difficultés concrètes et quotidiennes auxquelles la famille est confrontée raison du refus de transcription des liens de filiation : l'absence de possibilité pour les enfants d'acquérir la nationalité française par la filiation, ce qui a des conséquences sur l'obtention de papiers d'identité ; l'impossibilité d'acquérir le droit de vote en France ; les risques concernant leur droit de séjour sur le territoire ; ou encore l'impossibilité d'entrer légalement dans la succession de leurs parents d'intention³⁵²³. Les conséquences seraient plus importantes encore en cas de décès de l'un des parents ou de leur séparation, le parent d'intention sans lien biologique avec l'enfant n'ayant pas de rattachement juridique avec l'enfant³⁵²⁴. Enfin, les démarches administratives telles que des inscriptions à la sécurité sociale ou encore aux caisses d'allocations familiales, sans parler de la scolarisation, seraient rendues délicates par la difficulté de prouver le lien de filiation et la nationalité³⁵²⁵. La solution pourrait consister, tout en refusant d'admettre le lien de filiation afin de respecter la vision française de l'ordre public international, de reconnaître aux parents un statut similaire à celui d'un tuteur légal³⁵²⁶. Les deux parents d'intention pourraient ainsi acquérir l'autorité parentale et effectuer sans difficulté les démarches administratives

³⁵¹⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, préc., §101 ; CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, préc., §80.

³⁵²⁰ V. not. F. Chénéde, « De l'équité aux droits de l'homme », *art. préc.*, spéc. p. 663.

³⁵²¹ Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 ; Ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053.

³⁵²² Il ne s'agit pas ici d'appeler à une légalisation du mécanisme de la GPA en France mais à une cohérence juridique qui serait néanmoins respectueuse des droits de chacun.

³⁵²³ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, préc., §68.

³⁵²⁴ *Ibid.*

³⁵²⁵ *Ibid.*

³⁵²⁶ M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation... », *art. préc.* Sur la proposition d'une « filiation putative » unilatérale au profit de l'enfant, v. A. Marais, « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », in *La procréation pour tous ?*, A. Marais (dir.), p. 121 et s., n° 33, p. 141.

nécessaires à l'entretien et à l'éducation de l'enfant³⁵²⁷. Les enfants pourraient acquérir la nationalité ultérieurement et les questions successorales se régleraient par testament, avec un éventuel aménagement des droits de mutation³⁵²⁸. Il s'agit en effet de ne pas encourager la violation de la loi tout en n'en faisant pas peser les conséquences sur des personnes qui n'en sont pas responsables. Cependant, en matière de gestation pour autrui, le droit français se trouve en réalité dans une véritable impasse : les deux seules solutions possibles sont, soit un retour en arrière jurisprudentiel pour mettre en œuvre l'interdiction, retour peu probable en pratique³⁵²⁹, soit une légalisation pure et simple du mécanisme, elle-même sans doute impuissante à véritablement garantir la cohérence juridique. En effet, dans le cas même de la légalisation, les conditions prévues par la loi française, si elles s'avéraient plus strictes, pourraient encore être contournées par le recours aux mécanismes étrangers³⁵³⁰.

920. Exemple de réparation : la situation de l'annulation du mariage illégal. Pour ce qui concerne le mariage du 4 décembre 2013³⁵³¹, la solution intermédiaire consisterait peut-être à tempérer l'annulation du mariage : il serait anéanti pour assurer le respect de la loi mais, dans la mesure où il n'aurait jamais dû être célébré et qu'il constitue par conséquent une erreur de droit de la part de l'officier d'état civil, on pourrait ne pas écarter totalement l'ex-épouse de la succession et de ses droits vis-à-vis de l'époux. Le mariage putatif ne saurait être appliqué étant donné qu'il implique la bonne foi de l'un au moins des époux³⁵³². La responsabilité pour faute de l'officier d'état civil pourrait ainsi être recherchée, afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice de la veuve qui subit l'annulation.

921. Exemple de transposition : l'obstacle de l'insaisissabilité d'une pension de retraite. Dans un arrêt du 3 mai 2007, la deuxième chambre civile décida, sur le fondement des articles 14 de la Convention européenne et 1^{er} du premier Protocole additionnel, d'écarter l'insaisissabilité d'une pension de retraite, prévue à l'article L. 30 du code des pensions, à laquelle se heurtait la créancière³⁵³³. C'est l'application de la loi qui est refusée en l'espèce, la disposition étant conforme à la Convention. Dans une situation comme celle-ci, les juges, en

³⁵²⁷ M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation... », *art. préc.* ; A. Marais, « Résister au droit transgressif... », *art. préc.*, n° 33, p. 141.

³⁵²⁸ *Idem.*

³⁵²⁹ A. Marais, « Résister au droit transgressif... », *art. préc.*, n° 28, p. 138 ; G. Roussel, « Sanctionner le tourisme procréatif ? », *art. préc.*

³⁵³⁰ F. Terré, D. Fenouillet et C. Goldie-Genicon, *Droit civil – La famille, op. cit.*, n° 845, p. 841 ; M. Fabre-Magnan, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit », *D.* 2013.2384 ; V. Deschamps, *thèse préc.*, n° 592, p. 499.

³⁵³¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *préc.*

³⁵³² F. Terré, C. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *Droit civil – La famille, op. cit.*, n° 151, p. 143.

³⁵³³ Civ. 2^e, 3 mai 2007, n° 05-19.439.

application du mécanisme proposé, auraient pu mettre en place une indemnisation, à l'image de la responsabilité sans faute de l'État, l'insaisissabilité des pensions de retraite des marins entraînant une atteinte disproportionnée aux droits du créancier, le débiteur ayant, selon les termes de l'arrêt, « organisé son insolvabilité ». Ainsi, la loi aurait été maintenue dans son principe, l'insaisissabilité des pensions n'étant pas remise en cause et la créancière aurait été satisfaite.

922. Conclusion de la section. La proposition est donc de maintenir le contrôle de l'application de la loi au cas par cas dans une logique de « rééquilibrage »³⁵³⁴ de la situation des parties en cas d'atteinte disproportionnée à leurs droits et libertés. En effet, les cas dans lesquels l'application de la loi est écartée en raison de sa contrariété aux droits fondamentaux demeurent rares. Cependant, ils peuvent entraîner d'importantes injustices. C'est pourquoi il pourrait être intéressant de donner au juge le pouvoir exceptionnel, dans les cas d'atteintes graves et rares aux droits fondamentaux, de prendre des mesures permettant l'atténuation des atteintes disproportionnées, pour prendre en compte la situation des parties, tout en appliquant la loi.

923. Conclusion du chapitre. Ainsi, pour remédier aux effets négatifs du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux, le « rééquilibrage »³⁵³⁵ de la situation des parties couplée au maintien de la loi apparaît comme une solution satisfaisante, à la fois pour le respect des droits fondamentaux et pour l'équilibre institutionnel. Les enseignements du droit administratif montrent les liens étroits que cette méthode entretient avec l'intérêt général.

924. Conclusion du titre. Les propositions pour remédier à la faible place de l'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux sont de deux ordres. Tout d'abord, il s'agit de restructurer et de systématiser la méthode pour donner toute sa place à l'intérêt général dans le raisonnement et dans la pratique du juge. Ensuite, loin de remettre en cause l'existence même du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux, il s'agit d'encourager son maintien tout en permettant la réparation des atteintes graves exceptionnelles aux droits fondamentaux qu'elle entraîne. Pour cela, le juge pourrait être doté de pouvoirs de nature à donner satisfaction à la partie dont les droits et libertés ont été lésés de manière grave et exceptionnelle, tout en maintenant la force de la loi, compatible en soi aux droits fondamentaux.

925. Conclusion de la partie. La prise en compte de la limite d'intérêt général face aux droits fondamentaux produit des effets sur les sources, ainsi que sur les solutions. Ces

³⁵³⁴ Sur ce terme en matière de proportionnalité, v. H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*

³⁵³⁵ *Idem.*

dernières apparaissent comme les conséquences des premières, ou du moins, leur réception mitigée vient sans doute de l'incohérence institutionnelle qui les produit. C'est la raison pour laquelle il nous semble prioritaire et incontournable de résoudre en premier lieu l'aspect formel de la difficulté. En effet, la justification des solutions et leur intégration dans un ensemble cohérent pourraient contribuer à améliorer leur réception et l'acceptation de l'influence des droits fondamentaux dans l'ordre juridique. C'est pourquoi les solutions proposées sont de deux ordres : d'une part, systématiser et articuler davantage le raisonnement autour de l'intérêt général ; d'autre part, basculer d'une logique de refus d'application de la loi dans un cas particulier, à une logique de « rééquilibrage »³⁵³⁶ en cas d'atteinte disproportionnée à un fondamental du fait de l'application de la loi. L'objectif est ainsi de trouver l'équilibre entre l'importance de la loi et le respect de l'intérêt particulier ; entre la compétence du législateur et le rôle du juge.

³⁵³⁶ Sur ce terme en matière de proportionnalité, v. H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*

CONCLUSION GÉNÉRALE

926. Dès l'origine des principales déclarations de droits fondamentaux, la limite d'intérêt général existait en filigrane des textes. Implicite ou explicite, formelle ou substantielle, elle est décelable dans tous les textes porteurs de droits fondamentaux, quelle que soit leur époque. Elle participe en effet de la logique démocratique. Conçue à l'origine comme une invitation adressée au législateur, elle est mise en œuvre par le juge. On la retrouve ainsi dans la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il s'agisse du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité ou du contrôle de de conventionnalité, notamment au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

927. L'adoption par le juge judiciaire du contrôle de la loi au regard des droits fondamentaux, au moyen de la méthode de proportionnalité, donne à l'intérêt général une place centrale dans toutes les étapes de sa mise en œuvre. L'utilisation de ce contrôle, qui peut être mis en œuvre abstraitement ou concrètement, conduit à supposer que l'intérêt général lui-même peut prendre deux formes : l'une abstraite, liée à la règle qui l'énonce ; l'autre concrète, davantage rattachée au litige. Si le Conseil constitutionnel se livre essentiellement à un contrôle abstrait, axé sur la loi détachée de toute application, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie de litiges individuels, s'applique à envisager le cas concrètement, en principe sans porter de jugement sur la règle étatique. La Cour de cassation, quant à elle, s'en tient à un contrôle abstrait dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité, et procède officiellement depuis 2013, à un contrôle de conventionnalité *in concreto*, caractérisé en particulier par une mise en balance de l'intérêt général avec l'intérêt particulier, ainsi qu'un contrôle *in abstracto*.

928. L'analyse révèle que le juge semble peu se soucier de la volonté du législateur dans la recherche et la mise en œuvre de l'intérêt général : tout se passe comme s'il identifiait l'intérêt général de manière empirique, sans s'interroger sur le destinataire du critère, ni justifier les origines de ce qu'il appréhende comme une sorte de pétition de principe. La démonstration est obscure et le maniement, principalement expéditif. Ainsi, le juge ne semble pas distinguer les composantes concrètes et abstraites de l'intérêt général, et il ne s'explique ni sur sa méthode de détermination, ni sur les éventuels documents auxquels il se réfère pour procéder à cette identification.

929. Le flou jurisprudentiel donne à voir une mise en œuvre confuse de la limite d'intérêt général. La comparaison de la pratique de la Cour de cassation avec celles du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, montre qu'elle ne reprend que

superficiellement la méthode du premier et qu'elle épouse assez fidèlement les défauts de la seconde. La première situation s'explique par le rôle institutionnel ambigu de la Cour de cassation, qui doit filtrer les questions prioritaires de constitutionnalité sans effectuer de véritable contrôle de constitutionnalité. L'alignement sur la pratique de la Cour européenne est plus critiquable. Cette dernière semble en effet mêler le contrôle abstrait et le contrôle concret sans logique apparente, ce qui conduit à réduire le rôle de l'intérêt général au détriment de la volonté des États. Comme elle, la Cour de cassation se livre ainsi à une balance des intérêts exclusivement *in concreto* dans laquelle l'intérêt général abstrait est comparé aux intérêts particuliers concrets, ce qui crée une « interférence des niveaux »³⁵³⁷ préjudiciable à l'intérêt général.

930. Le constat de l'effacement de l'intérêt général n'est pas sans effets sur les institutions et les sources du droit. Le rôle du législateur se trouve modifié : placé sous le contrôle du juge, il voit son pouvoir et sa marge de manœuvre décroître, ce qui conduit certains auteurs à s'inquiéter de l'apparition d'un « gouvernement des juges » et du retour du jugement en équité. À l'inverse, le juge voit ses pouvoirs augmenter, ce qui fait de lui un arbitre des intérêts, sans qu'il dispose nécessairement des moyens pour les exercer. De même, les juges du fond se trouvent démunis sur la façon de manier la limite d'intérêt général.

931. Les changements sont également substantiels : la mise en œuvre de la limite d'intérêt général, ou plus particulièrement, des intérêts particuliers face à l'intérêt général au moyen des droits fondamentaux, est de nature à modifier les solutions du droit positif. En matière contractuelle, l'influence est faible, mais les potentialités d'évolutions sont importantes. En dehors de la matière contractuelle, on constate quelques modifications notables des solutions, qui permettent de déceler les types d'effets que le contrôle de l'intérêt général pourrait avoir sur la substance du droit. Il semble par ailleurs que les enjeux traditionnellement rattachés aux intérêts publics et collectifs connaissent un plus faible succès dans la balance des intérêts que les intérêts particuliers, ou incarnables, c'est-à-dire les intérêts collectifs intégrant une composante individuelle.

932. C'est la raison pour laquelle, pour pallier l'insécurité juridique tout en garantissant le respect des droits et libertés fondamentaux, nous proposons, tout d'abord, de redonner toute sa place à l'intérêt général dans le raisonnement : pour cela une recherche méthodique de son contenu ainsi qu'une mise en œuvre systématisée dans le contrôle de

³⁵³⁷ S. Van Drooghenbroeck, *thèse préc.*, n° 338, p. 250 et 251.

proportionnalité sont indispensables. La Cour de cassation doit notamment intégrer l'intérêt général dans la technique de cassation afin de guider davantage les juges du fond dans son identification et son maniement. Ensuite, il faudrait mettre en place un système de « rééquilibrage »³⁵³⁸ devant le juge de la situation des justiciables qui subissent une atteinte disproportionnée à leurs droits fondamentaux. Une telle logique est justifiée par les situations limites. En effet, les cas véritables de refus d'application de la loi *in concreto* en raison de la contrariété aux droits fondamentaux sont rarissimes. La solution est alors sans doute, sans remettre en cause la loi, ni mettre fin au contrôle de proportionnalité *in concreto*, de déceler les cas de disproportion extrêmes et de les réparer, comme des « accidents » législatifs. Ainsi, les contrôles concrets et abstraits seraient maintenus, mais la disproportion concrète ne mènerait plus à l'éviction de la loi au cas par cas : elle entraînerait la mise en place de mesures de d'atténuation de la disproportion sous le contrôle du juge.

³⁵³⁸ Sur ce terme en matière de proportionnalité, v. H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage... », *art. préc.*

INDEX ALPHABÉTIQUE

Abus de droit

Convention européenne des droits de l'homme : 63 et s.
Droit civil : 175, 764 et s.

Adéquation (contrôle de) : 185 et s.

Abstrait/concret : 185 et s.
Conseil constitutionnel : 212
Cour constitutionnelle allemande : 176
Cour européenne des droits de l'homme : 234
Proposition de rédaction : 850, 855
Reconstruction du raisonnement : 813

Adoption : 250, 336, 407, 493, 495, 599, 620, 667, 739, 771

Arrêt de règlement : 531, 561, 881

Arrêts-pilotes : 540, 840, 842 et s.

Autorité de chose interprétée : 220 et s.

Avocat général : 289 et s., 308 et s., 334 et s., 599 et s., 791

-B-

Besoin social impérieux : 227, 229, 233

Bien-être économique du pays : 118, 124, 451 et s.

-C-

Casuistique : 672, 808, 880 et s.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 70, 103, 133, 157, 223, 380

Circonstances exceptionnelles

État d'urgence : 742 et s.
Convention européenne des droits de l'homme : 46, 63, 84 et s., 89 et s., 223

Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 v. *Mariage*

Clause d'ordre public : 46, 84, 94 et s.

But légitime : 99
Condition de légalité : 98
Cour de cassation (application par) : 246 et s., 474 et s.
Cour européenne des droits de l'homme (application par) : 227 et s.
Mise en œuvre (proposition) : 846 et s.

Conflits de droits fondamentaux : 190, 240 et s., 249, 253, 436, 547 et s., 645, 657, 659, 660, 685, 725, 757 et s., 826 et s., 853, 878

Conseil constitutionnel

Contrôle de proportionnalité : 195 et s., 386 et s.
Identification de l'intérêt général dans les décisions : 359 et s.
Place de l'intérêt général : 195 et s., 386 et s.
Preuve : 324 et s.

Conseil d'État

QPC : 358
Contrôle de conventionnalité : 354 et s.
Preuve de l'intérêt général : 321

Contrat : 635 et s.

Ordre public contractuel : 14, 519 et s., 639 et s.
Travail (de) : 660

Contrôle de conventionnalité

Apparition : 27
Conseil constitutionnel : 27
Cour de cassation : 245 et s.

Contrôle de proportionnalité

Abstrait/concret : 178 et s.
Conseil constitutionnel : 211 et s.
Cour constitutionnelle allemande : 176
Cour de cassation : 244 et s., 471 et s.
Cour européenne des droits de l'homme : 220 et s., 425 et s.
Mathématique ou quantitatif : 173 et s.
Notionnel ou qualitatif : 174 et s.

Omniprésence : 171 et s.
Principe de proportionnalité : 172
Proposition de rédaction : 845 et s.
Sens large : 177,
Sens strict : 177, 189 et s.

Contrôle *in abstracto/in concreto*

Distinction entre contrôle *in abstracto* et
contrôle *in concreto* : 178 et s.,
487 et s.
Deuxième chambre civile : 490 et s.,
677 et s.

Convention européenne des droits de l'homme

Abus de droit : 63 et s.
Circonstances exceptionnelles : 84 et s.
Clause d'ordre public : 94 et s.
Détournement de pouvoir : 66 et s.
Genèse de la Convention : 104 et s.
Intérêt général formel : 68 et s.
Intérêt général implicite : 61 et s.
Intérêt général substantiel : 109 et s.

Cour européenne des droits de l'homme

Contrôle de proportionnalité : 220 et s.,
425 et s.
Contrôle *in abstracto* et *in concreto* : 457
Intérêt général : 442 et s.

Cour de Justice de l'Union européenne : 378 et s.

-D-

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Intérêt général formel : 72 et s., 78 et s.
Intérêt général implicite : 57
Intérêt général substantiel : 86 et s.

Défense et protection de l'ordre : 112, 114, 450 et s.

Détournement de pouvoir

Conseil constitutionnel : 401 et s.
Convention européenne des droits de
l'homme : 66 et s.
Droit administratif : 321

Dialogue des juges : 294, 299, 544, 835 et s.

Dignité

Droits fondamentaux : 17, 21, 49, 658,
706
Limite à la liberté d'expression : 483,
755 et s.
Morale : 697

Droit administratif

Preuve de l'intérêt général : 321
Responsabilité : 887 et s.

Droit à la vie privée et familiale

Conseil constitutionnel (droit de mener
une vie familiale normale) : 209, 394,
407, 732
Convention européenne des droits de
l'homme : 252

Droits fondamentaux

Conditionnels (relatifs) : 52 et s.
Définition : 22 et s.
Droits-créances : 138 et s.
Droits de solidarité : 138 et s.
Droits d'agir : 135 et s.
Droits d'obtenir : 138 et s.
Génération : 131 et s.
Grandes lois de libertés publiques : 62
Histoire : 17
Intangibles (absolus) : 48 et s.
Premier/second rang : 205 et s.
Notions voisines : 18 et s.
Noyau dur : 49 et s.

-E-

Équité : 564 et s.

Erreur manifeste d'appréciation

Juge administratif : 201
Conseil constitutionnel : 207, 390
Technique de cassation : 882 et s.

État civil : 662, 702, 709 et s.

État d'urgence *v. Circonstances exceptionnelles*

Études d'impact *v. Travaux préparatoires*

Exposé des motifs v. Travaux préparatoires

-F-

Filiation : 246 et s., 260, 283, 294 et s., 336, 366, 372, 450, 476, 495, 599, 611, 618, 621, 664 et s., 670, 675, 676 et s., 702, 709 et s., 723 et s., 739, 769 et s.

Filtrage des pourvois : 833 et s.

Fin de non-recevoir : 676 et s.

Fondamentalisation : 32, 628 et s.

-G-

Garanties légales des exigences constitutionnelles : 214, 403, 407, 421

Gestation pour autrui : 435, 450, 525, 665 et s., 702, 710 et s., 725, 769 et s., 822, 919

Gouvernement des juges : 554 et s.

-I-

Intérêt financier : 691 et s.

Intérêt général

Abstrait ou concret

Définition : 180 et s.

Conseil constitutionnel : 324 et s., 359 et s.

Cour de cassation : 486 et s.

Cour européenne des droits de l'homme : 457 et s.

Administration : 7, 9

Débat d' : 253, 481 et s., 718, 753 et s., 763 et s.

Déclin : 33

D'existence : 788

De fond : 788

Définition : 5 et s.

Démonstration : 312 et s.

Désincarné : 686

Exception de la règle : 789

Extrajuridique : 163 et s., 289, 315 et s.

Fonction : 7 et s., 150 et s.

Formel : 31, 68 et s.

Incarnable : 686

Incarné : 686

Loi (intérêt général dans la) : 8, 160 et s.

Motif impérieux d' : 285 et s., 368 et s., 373 et s., 396, 456, 479 et s., 694 et s.

Moyen de cassation : 580 et s.

Notion fonctionnelle : 7

Notions voisines : 71 et s.

Nullité : 15

Preuve : 311 et s.

Principe de la règle : 789

Règle impérative : 790

Règle supplétive : 790

Standard : 152 et s.

Statut d'exception : 238 et s.

Substantiel : 31, 83 et s., 109 et s.

Intérêt public : 5, 12, 31, 60, 99, 107, 125, 401, 691 et s.

Interprétation conforme : 490, 825, 877 et s.

-J-

Jacques Vabre (arrêt) : 27, 178, 193, 555, 560

-L-

La Fleurette (arrêt) : 899 et s., 914

Liberté d'association (décision) : 26

Liberté d'association (droit fondamental) : 26, 126

Liberté d'expression : 120 et s., 253, 481 et s., 718, 753 et s., 763 et s.

-M-

Mariage

Entre personnes de même sexe : 799, 819

Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066

(mariage entre alliés) : 27, 167,

178 et s., 186, 188, 190, 243 et s., 260,

278, 282, 315, 355, 371, 460, 592, 669,

672, 696, 804, 826, 880, 920

Marge nationale d'appréciation :

426 et s., 473 et s., 538 et s.

Méthodes d'interprétation : 56, 783 et s.

Morale : 116, 697 et s.

Motifs pertinents et suffisants : 227 et s.

Motivation enrichie : 839 et s.

-N-

Nécessité (contrôle de) : 187 et s., 817

Abstrait/concret : 188

Conseil constitutionnel : 213, 818

Cour constitutionnelle allemande : 234

Cour de cassation : 819, 821

Cour européenne des droits de l'homme :
235, 547, 820

Proposition de rédaction : 851, 856

**Nécessité dans une société
démocratique** : 97, 223, 227, 232 et s.

Nécessité publique : 75,

-O-

Objectif de valeur constitutionnelle :
394, 420, 732

Opportunité (contrôle de l') : 403

Ordre public

Contrat : 14, 519 et s., 639 et s.

Européen : 658

Définition : 14

Notion voisine de l'intérêt général : 87

-P-

**Pacte international relatif aux droits
civils et politiques** : 80, 102

Pouvoir discrétionnaire : 158, 403, 882

Pouvoir modérateur du juge : 348,
530 et s., 567 et s.

Préambule de la Constitution de 1946 :
17, 56, 132, 133, 140, 145, 147, 207, 212,
741, 794

Prescription : 178, 247, 256, 260, 274,
282 et s., 295, 372, 414, 495, 620, 669,
676 et s., 725, 737, 878.

Prévention des infractions pénales : 114,
124, 450 et s., 732

Prévention du crime : 115

Principe d'égalité : 59, 73, 135, 199, 207,
208, 212, 274, 358, 365 et s., 416 et s.,
672 et s., 704 et s.

Principe de non-discrimination : 67, 449,
703

Principe de valeur constitutionnelle :
206, 396, 399, 732

Procéduralisation : 546 et s.

Propriété : 69 et s., 72, 75, 79, 81,
716 et s., 763 et s.

**Protection des droits et libertés
d'autrui** : 118, 724 et s.

-Q-

Questions de société : 817 et s.

**Questions prioritaires de
constitutionnalité**

Caractère sérieux : 216

Conseil d'État : 358

Cour de cassation : 216 et s., 409 et s.

Origine : 26

-R-

Référé-liberté : 887 et s.

Respect des biens (droit au) : 69, 79, 81

Responsabilité

Administrative : 890 et s.

Civile : 902 et s.

Droits fondamentaux (du fait de l'atteinte
aux) : 902 et s.

Juge (du fait du) : 895

Loi (du fait de la) : 896 et s.

-S-

Santé/santé publique : 117, 731 et s.

Satisfaction équitable : 220, 904 et s.

Sécurité : 105, 110, 111, 114, 731 et s.

Sécurité nationale : 110, 111, 121

Sécurité juridique : 208, 221, 247, 259, 282 et s., 336, 366, 372, 395, 453, 490, 495, 566, 611, 620 et s., 677, 680, 723, 725, 732 et s., 735 et s.

Subsidiarité (principe de) : v. *Marge nationale d'appréciation*

Sûreté

Droit à la sûreté : 209, 380, 740

Publique : 111, 451

Syllogisme : 32, 809 et s.

-T-

Technique de cassation : 574 et s.

Cas d'ouverture à cassation : 598 et s., 605 et s., 609 et s.

Contrôle lourd/contrôle léger : 612 et s.

Moyen d'intérêt général : 580 et s.

Théorie du bilan : 826 et s.

Traité de fonctionnement de l'Union européenne : 92

Travaux préparatoires : 285 et s.,

302 et s., 515 et s., 783, 797

Arrêts de la Cour de cassation : 288 et s.

Convention européenne des droits de l'homme : 81, 96, 104 et s.

Débats parlementaires : 302, 360, 373, 392

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : 57 et s., 71 et s., 86 et s.

Études d'impact : 183, 302 et s., 518, 797, 849

Exposé des motifs : 183, 290, 302, 303, 305, 518

-U-

Utilité commune : 31, 72, 73

Utilité publique : 7, 60, 72, 75, 79, 81, 229, 255, 330, 347, 377, 432, 692, 703, 826

-V-

Volonté générale : 4, 5, 8, 57, 74, 78, 515, 637

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités et manuels

Auby J.-B. et Dutheil de La Rochère J., *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007.

Auby J.-M., Bandet B., Boulet L., Buch H., Carcelle P., Catherine R., Chapel Y., Charnier H., Crozier M., Drago R., Dupond A.-H., Eisenmann C., Escoube P., Gournay B., Goyard C., Hamon L., Kesler J.-F., Langrod G., Legendre P., Lesage M., Levy D., Magnet J., Malgoire R., Mas G., Mehl L., Mond G., Mogniot R., Moulias D., Rivero J., Simon E. et Thuillier G., *Traité de droit administratif*, préf. G. Vedel, Mouton&Co, Paris, 1966.

Audit B. et Avout (d') L., *Traité de droit international privé*, LGDJ, 9^e éd., 2022.

Autin J.-L. et Ribot C., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Objectif droit », 4^e éd., 2005.

Battifol H. et Lagarde P., *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8^e éd., 1993.

Beignier B., Binet J.-R. et Thomat-Raynaud A.-L., *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Cours », 8^e éd., 2022.

Benoît F.-P., *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968.

Bergel J.-L., *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2018.

Bigot C., *Pratique du droit de la presse*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2020.

Bioy X., Burgogue-Larsen L., Deumier P., Dreyer E., Dupré de Boulois X., Martinon A. et Tinière R., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, X. Dupré de Boulois (dir.), Dalloz, 4^e éd., 2023.

Burdeau G., *Libertés publiques*, LGDJ, 4^e éd., 1972.

Cabrillac R., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Cours », 15^e éd., 2023.

Capitant H., Terré F. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 13^e éd., 2015.

Carbonnier J., *Droit civil – Les biens – Les obligations*, vol. II, PUF, coll. « Quadriges », 1956.

Carbonnier J., *Introduction – Les personnes – La famille, l'enfant, le couple*, vol. 1, PUF, coll. « Thémis droit privé », 2004.

Chainais C., Ferrand F., Mayer L. et Guinchard S., *Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, coll. « Précis », 36^e éd., 2022.

Chapus R., *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 15^e éd., 2001.

Chevallier J., *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis droit », 6^e éd., 2019.

Chiffot N. et Tourbe M., *Droit administratif*, Sirey, coll. « Université », 18^e éd., 2022.

Cornu G., *Droit civil – Introduction – Les personnes – Les biens*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 11^e éd., 2003.

- Cornu G.**, *Introduction au droit*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 13^e éd., 2007.
- Debbash C. et Colin F.**, *Droit administratif*, Economica, 12^e éd., 2018.
- Degoffe M.**, *Droit administratif*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 4^e éd., 2020.
- Delvolvé P., Long M., Weil P., Braibant G. et Genevois B.**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 23^e éd., 2021.
- Demogue R.**, *Les notions fondamentales du droit privé*, éd. « La mémoire du droit », 1911.
- Dockès E., Baugard D. et Auzero G.**, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 36^e éd., 2022.
- Dreyer E.**, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e éd., 2020.
- Duez P. et Debeyre G.**, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952.
- Duguit L.**, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. III, 1930.
- Dumont G., Lombard M. et Sirinelli J.**, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 14^e éd., 2021.
- Dupré de Boulois X.**, *Droit des libertés fondamentales*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2022.
- Dupuis G., Guédon M.-J. et Chrétien P.**, *Droit administratif*, Sirey, coll. « Université », 12^e éd., 2011.
- Favoreu L., Duffy-Meunier A., Fassassi I., Gaïa P., Le Bot O., Pech L., Pena A., Roux A. et Soffoni G.**, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2021.
- Favoreu L., Gaïa P., Ghevontian R., Melin-Soucramanien F., Pena A., Pfersmann O., Pini J., Roux A., Scoffoni G. et Tremeau J.**, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2015.
- Frier P.-L. et Petit J.**, *Précis de droit administratif droit administratif*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 6^e éd., 2010.
- Gaudemet Y.**, *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Manuel », 24^e éd., 2022.
- Gaudemet Y.**, *Traité de droit administratif – Tome 1 – Droit administratif général*, LGDJ, 16^e éd., 2001.
- Goesel-Le Bihan V.**, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2^e éd., 2016.
- Gonod P.**, *Droit administratif général*, Dalloz, coll. « Mémentos », 1^{re} éd., 2018.
- Gonod P., Melleray F. et Yolka P.**, *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011.
- Guide de légistique*, Premier ministre – Secrétariat général du Gouvernement – Conseil d'État, 3^e éd., 2017, La Documentation française.
- Guyomar M., Seiller B. et Meynaud-Zeroual A.**, *Contentieux administratif*, Dalloz, coll. « HyperCours », 6^e éd., 2021.
- Hennebel L. et Tigroudja H.**, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, éd. A. Pédone, 2016.

Hennette-Vauchez S. et **Roman D.**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Dalloz, coll. « Hypercours », 2^e éd., 2015.

Jacquemont A., *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. « Manuels », 8^e éd., 2013.

Laborde J.-P. et **Cana-Chaillé de Néré S.**, *Droit international privé*, Dalloz, coll. « Mementos », 20^e éd., 2021.

Laubadère (de) A., *Traité de droit administratif*, LGDJ, 6^e éd., 1973.

Le Corre P., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2012/2013.

Lebreton G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey Université, 8^e éd., 2009.

Leclercq C., *Libertés publiques*, Litec, coll. « Manuels Jurisclasseur », 5^e éd., 2003.

Lécuyer Y. et **Lemaire F.**, *Cours de droits humains et libertés*, Gualino, coll. « Amphi LMD », 1^{re} éd., 2022.

Legeais D., *Droit commercial et des affaires*, Sirey, coll. « Université », 26^e éd., 2020.

Leroy J., *Droit pénal général*, LGDJ, coll. « Manuel », 9^e éd., 2022.

Letteron R., *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2012.

Lombard M., **Dumont G.** et **Sirinelli J.**, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Hypercours », 14^e éd., 2021.

Malaurie P. et **Morvan P.**, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Droit civil », 9^e éd., 2022.

Malaurie P. et **Peterka N.**, *Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, coll. « Droit civil », 11^e éd., 2020.

Marais A., *Droit des personnes*, Dalloz, coll. « Le cours Dalloz », 4^e éd., 2021.

Marais A., *Introduction au droit*, Vuibert, 11^e éd., 2022-2023.

Marty G. et **Raynaud P.**, *Droit civil – Introduction générale à l'étude du Droit*, 2^e éd., t. 1, Sirey, 1972.

Mathieu B. et **Verpeaux M.**, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Manuel », 2002.

Morand-Deville J., **Bourdon P.** et **Poulet F.**, *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Cours LMD », 16^e éd., 2019.

Morange J., *Les libertés publiques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 7^e éd., 1999.

Moreau J., *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989.

Oberdorff H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, coll. « Manuel », 8^e éd., 2021.

Pérochon F. et **Bonhomme R.**, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Manuels, 7^e éd., 2009.

Petit J. et Frier P.-L., *Droit administratif*, LGDJ, coll. « Précis Domat droit public », 16^e éd., 2022-2023.

Plessix B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuels », 4^e éd., 2022.

Renucci J.-F., *Droit européen des droits de l'homme – Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, coll. « Manuel », 9^e éd., 2021.

Rivero J. et Moutouh H., *Libertés publiques – Tome I*, PUF, coll. « Thémis droit public », 9^e éd., 2003.

Rivero J., *Droit administratif*, Dalloz, 1960.

Rivero J., *Les libertés publiques – I. Les droits de l'homme*, PUF, Thémis droit, 1978.

Robert J. et Duffar J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 8^e éd., 2009.

Roussillon H. et Esplugas-Labatut P., *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 8^e éd., 2015.

Seiller B., *Droit administratif – Tome 2 : L'action administrative*, Flammarion, coll. « Champs université », 8^e éd., 2021.

Sudre F., Milano L., Pastre-Belda B., et Schalmaneche A., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 16^e éd., 2023.

Terré F. et Molfessis N., *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2022.

Terré F. et Simler P., *Droit civil – Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2018.

Terré F., Fenouillet D. et Goldie-Genicon C., *Droit civil – La famille*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2018.

Terré F., Lequette Y. et Gaudemet S., *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 2013.

Terré F., Simler P., Lequette Y. et Chénéde F., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 13^e éd., 2022.

Teysié B., *Droit des personnes*, LexisNexis, coll. « Manuels », 24^e éd., 2022.

Truchet D., *Droit administratif*, PUF, coll. « Thémis droit public », 9^e éd., 2021.

Vallens J.-L., *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly, coll. « Pratique des affaires », 2010.

Vedel G. et Delvolvé P., *Droit administratif – Tome I*, PUF, coll. « Thémis droit public », 12^e éd., 1992.

Velley S., *Droit administratif*, Vuibert, 14^e éd., 2017-2018.

Verpeaux M., *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, coll. « Mémentos », 2^e éd., 2020.

Viney G., Jourdain P. et Carval S., *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017.

Wachsmann P., *Libertés publiques*, Dalloz, coll. « Cours », 9^e éd., 2021.

Waline J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 28^e éd., 2020.

Waline M., *Droit administratif*, Sirey, coll. « Traités Sirey », 9^e éd., 1963.

Ouvrages spéciaux, thèses, mémoires, monographies et cours

Abliges C., *L'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 329, 2000.

Afroukh M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. M. Lévinet, Bruylant, coll. « Thèses », 2011.

Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, réimpr. 2010.

Allegaert V., *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, préf. F.-X. Lucas, PUAM, 2005.

Audouy L., *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, dir. F. Sudre, thèse dactyl. Montpellier, 2015.

Aune A.-C., *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. A. Leborgne, PUAM, 2007.

Benezech L., *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, préf. C.-A. Dubreuil et A.-B. Caire, Mare et Martin dr. pub., coll. « Bibliothèque des thèses », 2021.

Berthier C., *L'exercice du contrôle de conventionnalité par les juges judiciaires*, dir. F. Chénéde, thèse dactyl. Rennes I, 2022.

Broyelle C., *La responsabilité de l'État du fait des lois*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 236, 2003.

Brunet C., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, dir. G. Cornu, thèse dactyl. Paris II, 1973.

Burdeau G., *La démocratie – Essai synthétique*, Bruxelles, 1956.

Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996.

Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, éd. CNRS.

Chantepie G. et Latina M., *La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016.

Cohen-Jonathan G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989.

Colella S. U., *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, préf. S. Besson, Bruylant, 2018.

Coq V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, préf. B. Plessix, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015.

Cormier M., *Une limite à l'exécution forcée du contrat : la disproportion manifeste de l'article 1221 du code civil*, dir. D. Mazeaud et T. Genicon, thèse dactyl. Paris II, 2022.

Cornesse I., *La proportionnalité en droit du travail*, préf. P.-H. Antonmattei, Litec, coll. « Bibl. dr. entreprise », t. 52, 2001.

Cornu G., *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998.

Cyteval C., *L'office de l'avocat général de la Cour de cassation dans le contentieux de la QPC*, dir. D. Rousseau, thèse dactyl. Paris I, 2019.

Debet A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. Leveneur, Dalloz, coll. « Nouvelle bibl. thèses », 2002.

Delvolvé P., *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, préf. G. Vedel, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 88, 1969.

Depper A., *Commentaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 1793 – Cours d'éducation civique*, Geldage, 1902.

Deschamps V., *Le fondement de la filiation*, préf. D. Fenouillet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 592, 2019.

Deshayes F., *Contribution à une théorie de la preuve devant la Cour européenne des droits de l'homme*, dir. F. Sudre, thèse dactyl. Montpellier I, 2002.

Deshayes O., **Genicon T.** et **Laithier Y.-M.**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.

Desmoulins T., *L'arbitraire – Histoire et théorie – Le pouvoir de surmonter l'indétermination de l'Antiquité à nos jours*, dir. F. Saint-Bonnet, thèse dactyl. Paris II, 2018.

Dissaux N. et **Jamin C.**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016.

Dos-Reis E., *Les conflits en droit patrimonial de la famille*, dir. P. Murat, thèse dactyl. Grenoble Alpes, 2017.

Drouiller C., *Ordre public et droits fondamentaux*, dir. S. Pellé, thèse dactyl. Pau, 2018.

Duclercq J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. M. Verpeaux, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 146, 2015.

Ducoulombier P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. F. Benoît-Rohmer, Bruylant, Bruxelles, 2011.

Dumas R., *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, préf. E. Garaud, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2008.

Dworkin R., *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1977.

Fabre-Magnan M., *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

Faye E., *La Cour de cassation : traité de ses attributions, de ses compétences et de la procédure suivie en matière civile*, Librairie Marescq Aîné, 1903.

- Fischer J.**, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. P. Le Tourneau, PUAM, 2004.
- Fourment V.**, *Le contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation - L'office du juge à l'épreuve de la mise en balance du contrôle de conventionnalité*, dir. F. Rouvière, thèse dactyl. Aix-Marseille, 2022.
- Fragu E.**, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle – Essai critique du rôle de la dignité humaine*, dir. Y. Lequette, thèse dactyl. Paris II, 2015.
- Gay L.**, *Les « droits-créances » constitutionnels*, préf. O. Dutheillet de Lamothe, Bruylant, coll. « Dr. pub. comp. eur. », 2007.
- Genevois B.**, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel – Principes directeurs*, éd. STH, 1988
- Gény F.**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, t. II, préf. R. Saleilles, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 1919.
- Gervier P.**, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels de l'ordre public*, préf. F. Mélin-Soucramanien, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 143, 2014.
- Girard B.**, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 562, 2015.
- Harmoniaux T.**, *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ, coll. « Systèmes – Communautaire ». 2001.
- Huten N.**, *La protection de l'environnement dans la Constitution française - Contribution à l'étude de l'effectivité différenciée des droits et principes constitutionnels*, dir. L. Fonbaustier, thèse dactyl. Paris I, 2011.
- Hyde A.-A.**, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, IRJS, 2015.
- Jacquemot F.**, *Le standard européen de société démocratique*, préf. F. Sudre, Fac. dr. Montpellier, coll. « Thèses », 2006.
- Jacquinot N.**, *Ordre public et constitution*, dir. L. Favoreu, thèse dactyl. Aix-Marseille, 2000.
- Japiot R.**, *Des nullités en matière d'acte juridique : essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.
- Jobard-Bachelier M.-N., Bachelier X. et Buck Lament J.**, *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 9^e éd., 2018.
- Josse P.**, *Le rôle de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. P. Avril, LGDJ, coll. « Science politique », 1998.
- Josserand L.**, *L'abus des droits*, Paris, 1905.
- Julliot de La Morandière L.**, *La notion d'ordre public dans le droit privé français – Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé, 1931-1932, Cours de droit – Répétitions écrites et orales.*
- Kastanas E.**, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. G. Malinverni, Bruylant, 1996.

Kauff-Gazin F., *La notion d'intérêt général en droit communautaire*, dir. D. Simon, thèse microfiches Lille, 2001.

Kelsen H., *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1997.

Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1999.

Kokott J., *The burden of proof in comparative and international human rights law*, SSD, Kluwer Law International, 1998.

Lafay F., *Le pouvoir modérateur du juge en droit privé*, dir. O. Moreteau, thèse dactyl. Lyon 3, 2004.

Lafond J. et F., *Les baux d'habitation après la loi du 6 juillet 1989*, Litec, 2^e éd., 1994.

Lambert E., *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, préf. G. Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 1999.

Laszlo-Fenouillet D., *La conscience*, préf. G. Cornu, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 235, 1993.

Latil A., *Création et droits fondamentaux*, préf. Y. Reinhard, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 554, 2014.

Le Bonniec N., *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme - Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, Bruylant, coll. « Thèses », 2017.

Le Gac-Pech S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 335, 2000.

Legendre R., *Droit fondamentaux et droit international privé – Réflexion en matière personnelle et familiale*, dir. L. Gannagé, thèse dactyl. Paris II, 2018.

Leloup-Velay M., *L'assurance face aux droits fondamentaux de la personne humaine*, dir. J. Kullmann, thèse dactyl. Paris Dauphine, 2017.

Leturcq S., *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. T. Renoux, LGDJ, coll. « Bibl. cons. sc. pol. », t. 125, 2005.

Linotte D., *Recherche sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, dir. J.-M. Auby, thèse dactyl. Bordeaux, 1975.

Madelaine C., *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, Dalloz, coll. « Nouvelle bibl. thèses », 2014.

Malaurie P., *Les contrats contraire à l'ordre public*, dir. P. Esmein, éd. Matot-Braine, 1951.

Marzal-Tetano A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, préf. H. Muir Watt, Institut Univ. Varenne, coll. « Thèses », 2014.

Mathieu B., *Les « validations » législatives – Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, coll. « Dr. pub. pos. », 1987.

- Maurin L.**, *Contrats et droits fondamentaux*, préf. E. Putman, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 545, 2013.
- Mekki M.**, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 411, 2004.
- Merland G.**, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 121, 2004.
- Meyrat I.**, *Droits fondamentaux et droit du travail*, dir. J.-M. Verdier, ANRT, 1998.
- Molfessis N.**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 287, 1997.
- Montalivet (de) P.**, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préf. M. Verpeaux, Dalloz, 2006.
- Muzny P.**, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, PUAM, 2005.
- Nivert N.**, *L'intérêt général et le droits fondamentaux*, dir. L. Sermet, thèse dactyl. La Réunion, 2012.
- Ost F. et van de Kerchove M.**, *De la pyramide au réseau – Pour une théorie dialectique du droit*, Publications fac. univ. Saint-Louis, 2002.
- Page (de) H.**, *À propos du gouvernement des juges – L'équité face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1931.
- Panagoulis K.**, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la convention européenne des droits de l'homme*, préf. J. Morange, Bruylant, 2011
- Pellissier G.**, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, dir. G. Dupuis, thèse dactyl. Paris I, 1995.
- Pérès C.**, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 421, 2004.
- Philippe X.**, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, préf. C. Debbash, Economica-PUAM, 1990.
- Pichard M.**, *Le droit à – Étude de législation française*, préf. M. Gobert, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2006.
- Picheral C.**, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, La Documentation française, 2001
- Rainaud N.**, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, préf. R. Cristini, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 181, 1996.
- Rangeon F.**, *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. G. Vedel, Economica, 1986.
- Raynaud J.**, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. E. Garaud, PUAM, 2003.
- Remedem A.**, *La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne*, dir. B. Bonnet, thèse dactyl. Auvergne Clermont I, 2015.

- Rémy D.**, *Légistique – L’art de faire les lois*, Romillat, 1994.
- Rials S.**, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préf. P. Weil, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 135, 1980.
- Ripoche E.**, *La liberté et l’ordre public contractuels à l’épreuve des droits fondamentaux*, dir. Y. Lequette, thèse dactyl. Paris II, 2019.
- Rochfeld J.**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2022.
- Rohan (de) H.**, *De l’intérêt des princes et des États de la chrétienté*, éd. établie, introduite et annotée par C. Lazzeri, PUF, coll. « Fondements de la politique », 1995.
- Rolain M.**, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, dir. Y. Strickler, thèse dactyl. Nice, 2015.
- Rouyère A.**, *Recherches sur la dérogation en droit public*, dir. J.-M. Auby, thèse microforme Lille, 1993.
- Sebban G.**, *Le bien juridique – Essai sur le système des droits patrimoniaux*, dir. C. Brenner, thèse dactyl. Paris II, 2020.
- Seillan Y.**, *Essai sur les méthodes d’interprétation de la jurisprudence civile*, dir. P. Robino, thèse dactyl. Bordeaux, 1962.
- Sénac C.-E.**, *L’office du juge constitutionnel – Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, préf. G. Drago, LGDJ, coll. « Bibl. const. sc. pol. », t. 145, 2015.
- Siew-Guillemain A.-S.**, *La famille à l’épreuve des droits fondamentaux*, dir. L. Antonini-Cochin, thèse dactyl. Univ. Côte d’Azur, 2018.
- Stelzig-Caron S.**, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, dir. P. Deumier, thèse dactyl. Grenoble, 2011.
- Terré F.** (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008.
- Tetu M.**, *La catégorie juridique des droits et libertés*, dir. D. Mongoin, thèse dactyl. Lyon 3, 2020.
- Touboul C.**, *Concevoir un texte normatif – Comprendre la légistique*, Dalloz, coll. « Dalloz Public », 2020.
- Touzain A.**, *La consignation*, préf. C. Brenner, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2022.
- Tremeau J.**, *La réserve de la loi*, Economica, 1997.
- Truchet D.**, *Les fonctions de la notion d’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d’État*, préf. J. Boulois, 1977, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 125.
- Ubushieva B.**, *L’intérêt général dans le système de la Convention européenne des droits de l’homme*, dir. Y. Lécuyer et D. Szymczak, thèse dactyl. Bordeaux, 2018.
- van Dijk P., van Hoof F., van Rijn A. et Zwaak L.**, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 5^e éd., 2018.

Van Drooghenbroeck S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. Ost et F. Tulkens, Bruylant, Bruxelles, 2001.

Vasseur-Lambry F., *La famille et la cour européenne des droits de l'homme*, dir. F. Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000.

Vidal-Naquet A., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, mémoire DEA Paris II, dir. M. Verpeaux, 1999.

Vidal-Naquet A., *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. M. Verpeaux, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2007.

Villey M., *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 1983.

Viney F., *Le bon père de famille et le plerumque fit – Contribution à l'étude de la distinction des standards normatifs et descriptifs*, dir. G. Loiseau, thèse dactyl. Paris I, 2013.

Weymuller L., *Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité*, dir. B. Plessix, mémoire M2 dactyl., 2016-2017.

Xynopoulos G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité – En France, Allemagne et Angleterre*, préf. Y. Gaudemet, LGDJ, coll. « Bibl. dr. pub. », t. 179, 1995.

Colloques et ouvrages collectifs

Afroukh M. et **Schahmanèche A.**, « L'identification aléatoire des conflits de droits dans la jurisprudence », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et Justice », n° 109, 2014, p. 37 et s., spéc. p. 62 et s.

Afroukh M., « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, colloque 8 et 9 oct. 2015, J. Andriantsimbazovina, L. Burgorgue-Larsen et S. Touzé (dir.), Pédone, p. 105 et s.

Afroukh M., « Les rapports entre la QPC et le contrôle de conventionnalité », in *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, K. Foucher (dir.), Dalloz, 2020, p. 5 et s.

Allard J., « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006, Université libre Bruxelles, *Cah. Institut études justice*, n° 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 77 et s.

Ancel M.-E., « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 121 et s.

Andriantsimbazovina J., « Point de vue », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 357 et s.

Azar C., « L'intensité du contrôle », in *Le contrôle de proportionnalité*, colloque Cour de cassation 23 juin 2021, retransmission vidéo site Internet C. cass., env. 1:21:34 et s.

Béchillon (de) D., « Observations sur la motivation des arrêts contrôle de proportionnalité », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 27 et s.

Behar-Touchais M., « Conclusion », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 68 et s.

Behar-Touchais M., « Rapport introductif », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 3 et s.

Blachère P., « Propos introductifs – Un an de politique jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de QPC », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, A. Martinon et F. Petit (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 3 et s.

Blandin Y., « Le non-renvoi des QPC en droit des biens », in *Le non-renvoi des QPC – Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2018, p. 87 et s.

Bonnet B., « La place de la CEDH », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 153 et s.

Bonnet J., « La QPC et l'intérêt du justiciable », in *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux – Du juge des droits au juge du droit ?*, J. Arlettaz et J. Bonnet (dir.), Pédone, 2015, p. 23 et s.

Bonnet J., « Le point de vue du constitutionnaliste sur le non-renvoi des QPC par les cours suprêmes », in *Le non-renvoi des QPC – Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2018, p. 17 et s.

Bonnet J., « Les droits sociaux constitutionnels dans l'ombre de l'État de droit », in *Le contentieux des droits et libertés fondamentaux à l'épreuve du marché*, Toulon, Journée AFDC, 20 nov. 2015, H. Hurpy et S. Torcol (dir.), p. 61 et s.

Bonnet V. et **Fautré-Robin** A., « Le non-renvoi des QPC en droit des personnes et de la famille », in *Le non-renvoi des QPC – Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2018, p. 53 et s.

Bouix C., « La référence aux précédents externes à l'ordre de juridictions », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 59 et s.

Boutard-Labarde M.-C., « Principe de proportionnalité et fixation des amendes en droit de la concurrence », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 44 et s.

Brenner C., « Les différentes missions de la Cour de cassation », in *L'accès au juge de cassation*, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), Soc. légis. comp., coll. « Colloques », 2015, p. 29 et s.

Brisson J.-F., « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 29 et s.

Brondel S., Foulquier N. et Heuschling L., « D'un non-sujet vers un concept scientifique ? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Publications de la Sorbonne, Science Politique, 2001, p. 11 et s.

Buydens M., « Introduction. L'intérêt général, une notion protéiforme », in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, M. Buydens et S. Dusollier (dir.), Bruylant, 2008.

Cabrillac R., « Droits fondamentaux et notion de contrat », in *Contrats et droits fondamentaux*, colloque Avignon, D. Costa et A. Péliissier (dir.), PUAM, 2011, p. 121 et s.

Cadiet L., « Introduction », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 10.

Calendini J.-M., « Le principe de proportionnalité en droit des procédures collectives », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 44 et s.

Carbonnier J., « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. Revet (dir.), 1996, p. 1 et s.

Carbonnier J., « Les notions à contenu variable en droit de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Van der Elst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 99 et s.

Cashin-Ritaine E. et Maître Arnaud E. (dir.), *Notions-cadres, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé*, Bruylant, 2009.

Catala P., « Rapport de synthèse », in *L'ordre public*, Travaux Assoc. H. Capitant, t. 49, LGDJ, 2001, p. 1 et s.

Chabert C., « Applicabilité directe et réception de la Convention de New-York », in *La Convention de New-York sur les droits de l'enfant – Vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, A. Leborgne, E. Putman et V. Egéa (dir.), PUAM, 2012.

Chainais C., « À la recherche d'un modèle de cassation pluraliste "à la française" », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 42 et s.

Chainais C., « La motivation et le style des arrêts de la Cour de cassation française : vers un changement de paradigme », in *Quel avenir pour les juridictions suprêmes ? Études de droit comparé sur la cassation en matière civile*, C. Chainais, J.-F. Van Drooghenbroeck, A. Saletti et B. Hess (dir.), Bruylant, 2021, p. 443 et s.

Champeil-Desplats V., « Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social*, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), Dalloz, 2005, p. 11 et s.

Chénéde F., « Les conséquences du contrôle », in *Le contrôle de proportionnalité*, colloque Cour de cassation 23 juin 2021, retransmission vidéo site Internet C. cass, env. 1:51:20 et s.

Chérot J.-Y., « Conclusion – Sur le rôle de la Cour de cassation dans le système de la question de constitutionnalité », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, A. Martinon et F. Petit (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 119 et s.

Chevallier J., « Essai d'analyse structurale du Préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 13 et s.

Chevallier J., « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 11 et s.

Condorelli L., « Premier protocole additionnel – Article 1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 971 et s.

Costa J.-P., « Article 4 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, G. Conac, M. Debene et G. Teboul (dir.), Economica, 1993, p. 101 et s.

Coussirat-Coustère V., « Article 18 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 523 et s.

Coussirat-Coustère V., « Article 8§2 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, dir. L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 323 et s.

Debene M., « Article 17 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, G. Conac, M. Debene et G. Teboul (dir.), Economica, 1993, p. 343 et s.

Delas O., « Article 12 », in *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Commentaire article par article*, E. Decaux (dir.), Economica, 2010, p. 285 et s.

Delvolvé P., « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, colloque 21 et 22 janv. 1988, Montchrestien, p. 269 et s.

Didier P., « L'application de la Constitution par le juge judiciaire en droit des affaires », in *Le juge judiciaire et la Constitution*, A. Martinon et F. Petit (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2012, p. 39 et s.

Dubarry J., « Question prioritaire de constitutionnalité : quel degré d'interventionnisme du juge dans les choix du législateur ? », obs. Civ. 3^e, 5 oct. 2016, n° 16-40.229, 16-40.228, 16-40.230, 16-40.231, 16-40.232 et 16-40.233, in *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, R. Salomon (dir.), éd. Panthéon-Assas, p. 48 et s.

Dubout E., « La procéduralisation des droits », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 265 et s.

Dugué M. et Traullé J., « Introduction », in *La motivation enrichie des arrêts rendus par la Cour de cassation*, M. Dugué et J. Traullé (dir.), LexisNexis, 2023, p. 1 et s.

Dupré de Boulois X., « Le contentieux administratif entre identité objective et conversion subjective », in *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, colloque 12 déc. 2014, J. Arletta et J. Bonnet (dir.), Pédone, p. 9 et s.

Eissen M.-A., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 65 et s.

Fabre-Magnan M., « La dignité en droit : un axiome », *La dignité aujourd'hui*, A.-M. Dillens et B. Van Meenen (dir.), Bruxelles, Publications fac. univ. Saint-Louis, 2007, p. 53 et s.

Fatin-Rouge Stefanini M., « Propos introductifs. L'idée d'un contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : intérêts et questionnement », in *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Actes colloque 23 et 24 juin 2016, M. Fatin-Rouge Stefanini et C. Severino (dir.), Confluence des droits, p. 13 et s.

Fattaccini C., « 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 *L'accès au juge de cassation*, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), Soc. légis. comp., coll. « Colloques », 2015, p. 229 et s.

Fattaccini C., « La méthodologie du contrôle », in *Le contrôle de proportionnalité*, colloque Cour de cassation 23 juin 2021, retransmission vidéo site Internet C. cass., env. 51:41 et s.

Faure B., « Le phénomène des objectifs dans le droit – Rapport introductif », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 1 et s.

Fauvarque-Cosson B., « L'ordre public », in *Le Code civil 1804-2004 – Un passé, un présent, un avenir*, Y. Lequette et L. Leveneur (dir.), Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2004, p. 473 et s.

Favoreu L., « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, Actes colloque Montpellier 20 et 21 janv. 1989, D. Rousseau et F. Sudre (dir.), éd. STH, coll. « Les grands colloques », 1990, p. 33 et s.

Favreau B., « Intervention », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 357 et s.

Fenouillet D., « Le modèle du droit privé français », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018.

Ferrand F., « La juridiction suprême judiciaire en droit comparé : missions, filtrage, intensité du contrôle », in *L'accès au juge de cassation*, G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), Soc. légis. comp., coll. « Colloques », 2015, p. 148 et s.

Foucher K., « L'apport de la QPC en droit de l'environnement », in *L'apport de la QPC à la protection des droits et libertés*, K. Foucher (dir.), Dalloz, 2020, p. 127 et s.

Foyer J., « Les bonnes mœurs », in *1804-2004 – Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 495 et s.

Fraisse R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 62.

Fraissinier-Amiot V. et **Bernard-Ménoret R.**, « Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire en droit du travail », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 101 et s.

Fricero N., « Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation – Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer ? », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 30 et s.

Garrigue J., « Nouveau plaidoyer pour le contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière de filiation », in *La CEDH et le droit de la famille*, J.-R. Binet et A. Gouëzel (dir.), éd. IFJD, 2021, p. 43 et s.

Gay L., « Repenser le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, E. Cartier, L. Gay et A. Viala (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », p. 119 et s.

Gazzaniga J.-L., « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet (dir.), 6^e éd., 2000, p. 11 et s.

Ghestin J., « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77 et s.

Goesel-Le Bihan V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 62 et s.

Goesel-Le Bihan V., « Les techniques – Le contrôle du respect des obligations positives par le Conseil constitutionnel », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018.

Golsong H., « Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Quatrième colloque du Département des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 23 et s.

Gonzalez G., « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 117 et s.

Gouttes (de) R., « La priorité substantielle du droit interne », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 41 et s.

Gridel J.-P., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 113 et s.

Guglielmi G.-J., « Débattre d'un... et écrire le... préambule », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 51 et s.

Guiomar F., « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeurs », in *Droits fondamentaux et droit social*, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), Dalloz, 2005, p. 61 et s.

Haarscher G., « De l'usage légitime – et de quelques usages pervers – des typologie des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), Bruylant, coll. « Penser le droit », 2004, p. 25 et s.

Icard J., « Le non-renvoi des QPC en droit du travail », in *Le non-renvoi des QPC – Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2018, p. 115 et s.

Jacobs F., « Dans quelle mesure les restrictions à l'exercice des libertés ont-elles subi une évolution ? », *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Rome 1975, p. 2 et s.

Jacobs F., « Les restrictions à l'exercice des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme : évolution de 1950 à 1975 », *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'Homme*, Rome 1975, p. 1 et s.

Jeuland E. et Messaï-Bahri S. (dir.), *Les nouveaux rapports de droit*, IRJS, 2013.

Jeuland E., « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, Conférence-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 20.

Kiss A., « Les clauses de limitation et de dérogation dans la convention européenne des droits de l'homme », in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1984, éd. Yvon Blais inc., p. 119 et s.

Lacombe M., Potteau A., Vandendriessche X. et Gaudemont (de) C., *Code constitutionnel et des droits fondamentaux – Annoté et commenté en ligne*, Dalloz, 10^e éd., 2021.

Lardeux G., « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, p. 96 et s.

Le Mire P., « Article 17 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 509 et s.

Le Monnier de Gouville P., « QPC et droit pénal », in *Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et droit privé*, L. Leveneur et C.-M. Péglion-Zika (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2019, p. 99 et s.

Lécuyer H., « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 31 et s.

Legeais D., « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 38 et s.

Lequette Y., « Ouverture », colloque sur *Les mutations de l'ordre public contractuel*, *RDC* 2012.262.

Lequette Y., « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du bicentenaire*, LexisNexis, p. 171 et s.

Leveneur L., « Introduction », in *La contractualisation du droit de la famille*, D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), Economica, 2001, p. 1 et s.

Lochak D., « Le contrôle de l'opportunité par le Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier, 20 et 21 janv. 1989, D. Rousseau et F. Sudre (dir.), éd. STH, coll. « Les grands colloques », 1990, p. 77 et s.

Lochak D., « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative – À la lumière des récents développements de la jurisprudence et de la législation », in *Le droit administratif en mutation*, PUF, Publications du CURAPP, 1993, p. 275 et s.

Louvel B., « Propos introductifs », colloque *L'ordre public : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, 24 févr. 2017, site Internet C. cass., p. 3 et s.

Mailhé F., « Le *negotium par l'instrumentum* ? L'impossible titrisation de l'état civil », in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, H. Fulchiron (dir.), LexisNexis, coll. « Perspectives », 2019, p. 379 et s.

Marais A., « Résister au droit transgressif de la maternité pour autrui ? », in *La procréation pour tous ?*, A. Marais (dir.), p. 121 et s.

Marguénaud J.-P., « Aperçu comparatif : les droits de l'homme », in *La contractualisation du droit de la famille*, D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (dir.), Economica, 2001, p. 231 et s.

Marguénaud J.-P., « Conclusions générales », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 119 et s.

Marguénaud J.-P., « Techniques de contrôle et questions de société », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018.

Maria I., « La doctrine universitaire », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 79 et s.

Martelly O., « L'indifférenciation progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droits », in *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Droit et justice, Limal, coll. « Anthemis », n° 109, 2014, p. 202 et s.

Mathieu B., « Propos introductifs », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, M. Verpeaux et B. Mathieu (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 5 et s.

Mazeaud A., « Proportionnalité en droit social », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 64 et s.

Mazeaud D., « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 12 et s.

Merland G., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, M. Verpeaux et B. Mathieur (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 35 et s.

Meyer-Birsch P. (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme, Actes du VIIe colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme*, éd. univ. Fribourg Suisse, 1991.

Moderne F., « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, colloque Rennes 20 et 21 sept. 1996, G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), *Economica*, p. 67 et s.

Molfessis N., « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et T. Revet (dir.), *Economica*, 1999, p. 107 et s.

Molfessis N., « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 21 et s.

Molfessis N., « Pour une sélection vertueuse des pourvois », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 16 et s.

Montalivet (de) P., « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 47 et s.

Morand C.-A., « Pesée d'intérêts et décisions complexes », in *La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et aménagement du territoire*, C.-A. Morand (dir.), Helbing&Lichtenhahn, Bâle, 1996, p. 41 et s.

Naim-Gesbert E., « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, p. 54 et s.

Ost F. et Van Drooghenbroeck S., « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 87 et s.

Parachkévova-Racine I., « Le non-renvoi des QPC en droit des affaires », in *Le non-renvoi des QPC – Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et essais », 2018, p. 103 et s.

Pégliion-Zika C.-M., « Chronique de droit privé constitutionnel (juill.-déc. 2018) », *Dr. civ.*, n° 168, 1^{er} mars 2019.

Pelloux R., « Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux États liés par les Conventions et pactes relatifs aux droits de l'homme ? », in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Quatrième colloque du Département des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles, 1982, p. 43 et s.

Philippe X., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 6 et s.

Picheral C., « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 87 et s.

Poirmeur Y., « La réception du Préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique – La construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 99 et s.

Puig P., « Formation du contrat et droits fondamentaux – Regard privatiste », in *Contrats et droits fondamentaux*, colloque Univ. Avignon, 12 janv. 2007, A. Pélissier et D. Costa (dir.), PUAM, 2011, p 21 et s.

Puig P., « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 93 et s.

Rangeon F., « Droits-libertés et droits-créances », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, 1996, p. 169 et s.

Rials S., « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39 et s.

Richard J.-P., « Conclusions d'une recherche effective par le service des commissions du Sénat », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.788.

Rivollier V., « La doctrine organique », in *Le raisonnement juridique – Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 105 et s.

Roblot-Troizier A., « Les disparités de filtrage de QPC entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », in *La QPC : une révolution inachevée ?*, J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun (dir.), Institut Univ. Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2016, p. 67 et s.

Romain J.-F., « L'ordre public et les droits de l'homme », in *L'ordre public – Concept et applications*, N. Watté (dir.), Bruylant, 1995, p. 5 et s.

Rousseau D., « La lancinante question de la légitimité du juge », in *État du droit, état des droits – Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Turpin*, Centre Michel de l'Hospital, 2017.

Roussel G., « Sanctionner le tourisme procréatif ? », in *La procréation pour tous ?*, A. Marais (dir.), p. 163 et s.

Saint-Bonnet F., « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 9 et s.

Sauvé J.-M., « Repenser le rôle du juge ordinaire », in *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. Bonnet (dir.), LGDJ, 2016, p. 713 et s.

Sermet L., « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : présentation générale », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, p. 26 et s.

Seube J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », dossier *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, p. 86 et s.

Simon D., « L'intérêt général vu par les droits européens », in *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 47 et s.

Simon D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de Justice des Communautés européennes », *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, V. Goesel-Le Bihan, J.-B. Seube et D. Simon (dir.), colloque fac. dr. et éco. La Réunion, 4 et 5 juin 2007, *LPA*, 5 mars 2009, p. 17 et s.

Sudre F., « Débats », intervention de, in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), Actes journée d'études 10 févr. 2003, Fac. dr., éco. et admin. Univ. Metz, Bruylant, Nemesis, coll. « Droit et justice », n° 53, 2004, p. 109 et s.

Sudre F., « L'ordre public européen », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics – Ordre publics et droits fondamentaux*, Actes colloque Caen 11 et 12 mai 2001, M.-J. Redor (dir.), Bruylant, coll. « Nemesis », 2001, p. 109 et s.

Sudre F., « Le recadrage de l'office du juge européen », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 239 et s.

Sudre F., « Les conflits de droits. Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 233 et s.

Sudre F., « Les libertés protégées par la Cour européenne des Droits de l'homme », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Actes colloque Montpellier, 20 et 21 janv. 1989, D. Rousseau et F. Sudre (dir.), p. 17 et s.

Sudre F., « Les techniques – Le contrôle du but poursuivi/du détournement de pouvoir par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La garantie des droits et libertés : quelles techniques de contrôle utilisées par le juge ?*, V. Goesel-Le Bihan et J. Heymann (dir.), Transversales de Lyon, Univ. Lumière Lyon II, 7 déc. 2018.

Sudre F., « Rapport introductif – La “construction” par le juge européen du droit au respect de la vie privée », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes colloque 26 et 27 nov. 2004, Institut dr. eur. dr. homme, Université Montpellier I, Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 63, 2005, p. 11 et s.

Sueur J.-J., « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux », in *Le Préambule de la Constitution de 1946 – Antinomies juridiques et contradictions politiques*, G. Koubi (dir.), Centre univ. recherches admin. et pol. Picardie, PUF, 1996, p. 129 et s.

Szymczak D., « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruylant, 2012, p. 445 et s.

Szymczak D., « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Anthémis, coll. « Droit et justice », n° 108, 2015, p. 15 et s.

Tarnopolsky W. S., « Sources communes et parenté de la Convention européenne et des instruments canadiens des droits de la personne », in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Actes des journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures de 1984, éd. Yvon Blais inc., p. 61 et s.

Tavernier P., « Article 15 », in *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), Economica, 1995, p. 489 et s.

Terré F., « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, T. Revet (dir.), 1996, p. 3 et s.

Théry P., « Méthodologie de la réforme », dossier *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, conf.-débat 24 nov. 2015, *JCP G*, supp. n° 1-2, janv. 2016, p. 38.

Thibierge C., « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », dossier *L'égalité*, *Arch. philo. dr.*, n° 51, 2008, p. 341 et s.

Tinière R. (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme – Entre autonomie et convergence*, Anthemis, coll. « Droit et justice », n° 115, 2017.

Touzé S., « Article 19 », in *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Commentaire article par article*, E. Decaux (dir.), Economica, 2010, p. 445 et s.

Troper M. et **Pfersmann O.**, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Publications de la Sorbonne, Science Politique, 2001, p. 21 et s.

Tulkens F. et **Van Drooghenbroeck S.**, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention européenne des droits de l'homme », Table ronde 3^e académie européenne d'été, coll. « Les conférences publiques du pôle européen Jean Monnet », Université Pierre Mendès France Grenoble, 27 sept. 2002.

Van Drooghenbroeck S. et **Rizcallah C.**, « Article 52-1 – Limitations aux droits garantis », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2^e éd., p. 1249 et s.

Van Leuven N., « Les contrats et les droits de l'homme : une interaction mutuelle », in *Droit des contrats : questions choisies*, C. Cauffman, J. de Coninck et N. Van Leuven (dir.), Larcier, coll. « Contrats et Patrimoine », 2008, p. 89 et s.

Vasak K., « Les différentes typologies des droits de l'homme », in *Classer les droits de l'homme*, E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), Bruylant, coll. « Penser le droit », 2004, p. 11 et s.

Vatinet R., « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », dossier *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque 20 mars 1998, Centre dr. aff. et gestion Fac. Paris V, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 58 et s.

Verpeaux M., « Les objectifs en droit constitutionnel », in *Les objectifs dans le droit*, B. Faure (dir.), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », p. 85 et s.

Viala A., « Les interprétations constitutionnelles du Conseil d'État et de la Cour de cassation », in *La question prioritaire de constitutionnalité – Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, D. Rousseau et P. Pasquino (dir.), Mare et Martin, p. 49 et s.

Wachsmann P. (intervention de), « Débats », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes journée d'études Fac. droit, éco. et admin. Univ. Metz, 10 févr. 2003, F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), Bruylant, Nemesis, coll. « Droit et justice », n° 53, 2004, p. 109 et s.

Zoller E., « Avant-propos – L'intérêt général, un idéal français à l'épreuve des réalités du monde », in *L'intérêt général dans les pays de Common law et de droit écrit*, éd. Panthéon-Assas, 2017.

Zolynski C., « Les juridictions européennes évaluatrices d'un nouvel intérêt général ? », in *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, G. J. Guglielmi (dir.), Actes 3^e colloque international Centre dr. pub. comp., 27 et 28 mai 2016, éd. Panthéon-Assas, p. 199 et s.

Mélanges

Amselek P., « La Liberté et les libertés publiques », in *Mélanges en l'honneur de Patrick Wachsmann*, Dalloz, 2021, p. 5 et s.

Aubert J.-L., « Le fait et la Cour de cassation », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 843 et s.

Bockel A., « Le pouvoir discrétionnaire du législateur », in *Études en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 43 et s.

Bon P., « L'arrêt La Fleurette aujourd'hui », in *Confluences – Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 185 et s.

Bonnet B., « Le dialogue des juges, un non-concept », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 81 et s.

Borghetti J.-S., « Les intérêts protégés en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. « Liber amicorum », 2008, p. 145 et s.

Braibant G., « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, t. 2, LGDJ, 1974, p. 297 et s.

Brenet F., « Les réserves d'intérêt général », in *Le droit administratif : permanences et convergences – Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 139 et s.

Catala P., « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s.

Chénéde F., « Le Droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Liber amicorum, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 140 et s.

Chevallier J., « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *L'intérêt général – Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 83 et s.

Costa J.-P., « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004.

Crocq P., « Sûretés et proportionnalité », *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 291 et s.

Deguergue M., « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *L'intérêt général – Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015.

Deumier P., « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation, études des travaux préparatoires », in *Principes de justice – Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 125 et s.

Dubout E., « Le côté obscur de la proportionnalité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 183 et s.

Fenouillet D., « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487 et s.

Foyer J., « Plaidoyer pour l'avocat général à la Cour de cassation », in *Entre tradition et modernité : le droit en contrepoint – Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 541 et s.

Fromont M., « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, 1975, p. 49 et s.

Fulchiron H., « 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 chemins – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 245 et s.

Garrigue J., « Prescription, forclusion et filiation », in *Au-delà des codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 237 et s.

Gautier P.-Y., « Du nouveau gouvernement des juges », *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur*, LGDJ, 2021.

Gervais A., « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 241 et s.

Guyomar M., « Le 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 de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 323 et s.

Hébraud P., « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s.

Jarrosson C., « Le législateur peut-il avoir tort ? », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 349 et s.

Laubadère (de) A., « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 1, LGDJ, 1974, p. 531 et s.

Lequette Y., « De l'inflation à la dévaluation des droits fondamentaux », in *Défense et illustration de l'ordre civil français*, Dalloz, 2023, p. 175 et s.

Leroyer A.-M., « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit – Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 247 et s.

Maury J., « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, t. 1, p. 28 et s.

Melleray F., « Les arrêts GIE Axa Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ? », in *Terres du droit – Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 489 et s.

Pactet P., « La loi, permanence et changements », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 503 et s.

Picard E., « “Les droits et libertés” : un couple paradoxal », *Les droits de l'homme à la croisée des droits – Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 547 et s.

Rigaux F., « Logique et droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1197 et s.

Rochfeld J., « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, coll. « Liber amicorum », p. 835 et s.

Rolland B., « Réflexions sur la saisine d'office », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 685 et s.

Sudre F., « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Pédone, 2004, p. 207 et s.

Sudre F., « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme ? », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 381 et s.

Sudre F., « Le droit à la protection de la santé, droit “caché” de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Turpin*, LGDJ, coll. « Mélanges du Centre Michel de l'Hospital », 2017, p. 645 et s.

Tournafond O., « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547 et s.

Wachsmann P., « But d'intérêt général visé, exigence de proportionnalité et responsabilité du fait des lois », in *L'intérêt général – Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 679 et s.

Wachsmann P., « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit des organisations internationales – Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 241 et s.

Wachsmann P., « Question prioritaire de constitutionnalité et convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit, en hommage au professeur Jean-François Flauss*, Pedone, 2014, p. 797 et s.

Articles de revues et notes de jurisprudence

Adriantsimbasinova J., « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national – Vers un contrôle de “fondamentalité” », *RFDA* 2002.124.

Afroukh M. et Marguénaud J.-P., « La dignité reléguée en deuxième division », *D.* 2020.195.

Afroukh M., « De la négation du contrôle de conventionnalité à la rocambolesque tentative d’escamoter ce déni », *Gaz. Pal.*, n° 316, 20 mars 2018, p. 18.

Afroukh M., « L’identification d’une tendance récente à l’objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme », *RDP* 2015.1355.

Afroukh M., « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment “dicté” par la Convention européenne des droits de l’homme ? », *RDLF* 2019.4.

Alexy R., « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, vol. 16, issue 4, déc. 2003.

Amrani-Mekki S., « La fondamentalisation du droit du procès », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 72 et s.

Andriantsimbazovina J., « L’abus de droit dans la jurisprudence de la CEDH », *D.* 2015.1854.

Andriantsimbazovina J., « L’enrichissement mutuel de la protection de droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* 2002.124.

Andriantsimbazovina J., « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l’homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *Cah. Cons. const.*, n° 18, juill. 2005.

Andriantsimbazovina J., « Splendeurs et misères de l’ordre public européen – Les trois dernières années de l’ancienne Cour européenne des droits de l’homme (1996-1997-1998) », *Cah. dr. eur.* 2000.657.

Ansault J.-J., « Expulsion : contrôle de proportionnalité et droits fondamentaux », *Gaz. Pal.*, n° 43, 21 juin 2016, p. 46 et s.

Arens C., « Le contrôle de proportionnalité », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 128 et s.

Arens C., « Le nouveau traitement des pourvois à la Cour de cassation – Entretien avec la Première présidente de la Cour de cassation Chantal Arens et Maître François Molinié, avocat aux Conseils », *Propos* recueillis par Laurent Dargent, *D. actu.*, 26 oct. 2021.

Atias C., « La “simple affirmation” du juge », *D.* 2010.221.

Auby J.-B., « À propos des réserves d’intérêt général », *Dr. adm.* 2003.6.

Baranger D., « Comprendre le “bloc de constitutionnalité” », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018.

Baranger D., « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7, mai 2012.

Batteur A., « L’enfant né d’un inceste entre frère et sœur : nouvel exemple d’un conflit de filiation insoluble », *D.* 2017.2107.

Batteur A. et **Gosselin-Gorand A.**, « L’adoption plénière des enfants d’un frère décédé : l’interdit de l’inceste en question (Civ. 1^{re}, 16 déc. 2020, n° 19-22.101) », *D.* 2021.430.

Béchillon (de) D., « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002.973.

Bénabent A., « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016.137.

Bergel J.-L., « Avant-propos », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.765.

Bergougnous G., « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 38, janv. 2013.

Bernard de La Gatinais L., « Mariage incestueux : avis de rejet de l'avocat général », *Dr. fam.* 2017.25.

Betoulle J., « La distinction du contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation – Mythe ou réalité ? », *JCP G* 2002.171.

Bidaud C., « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française"... », *Rev. crit. DIP* 2022.35.

Bigot C., « L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan », *Légipresse* 2015.31.

Blanc N., « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.*, 29 avr. 2015, n° 119-120, p. 3.

Boffa R., « Empiètement : une dose de proportionnalité ? », *D.* 2020.1092.

Boffa R., « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *D.* 2019.2163.

Boffa R., « Propriété contre proportionnalité », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 106 et s.

Bonfils P. et **Gouttenoire A.**, « Droit des mineurs », *D.* 2016.1966.

Bonnet J. et **Roblot-Troizier A.**, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA* 2017.821.

Bonnet J., « La politique de rupture de la Cour de cassation », *JCP G* 2019.903.

Botteghi D. et **Lallet A.**, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA* 2010.2416.

Bouchet M., « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *RSC* 2017.495.

Bousta R., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC* 2011.913.

Bousta R., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel : une avancée "a minima" ? (À propos de la décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *LPA*, 17 juin 2008, p. 7 et s.

Brenner C., « Libéralités – Donations de biens présents entre époux : la clause de non-divorce hors la loi », *JCP G* 2012.1182.

Bretonneau A., « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016.740.

Cabrillac S., « L'identification légale du cautionnement disproportionné », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 87 et s.

- Cagnoli P.**, « Actu des procédures collectives », n° 6/2011, p. 3.
- Camous E.**, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions patrimoniales », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 113 et s.
- Canas S.**, « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du code civil », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 48, juin 2015, p. 47 et s.
- Capitant H.**, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935.77.
- Cappello A.**, « La liberté d'expression : un nouveau fait justificatif ? », *AJ Pénal* 2020.339.
- Castets-Renard C.**, « L'invalidation de la directive n° 2006/24/CE par la CJUE : une onde de choc en faveur de la protection des données personnelles (note sur CJUE, 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/14) », *D.* 2014.1355.
- Cayla O.**, « Le coup d'état de droit ? », *Le Débat* 1998/3, n° 100, p. 108 et s.
- Centre de recherche de droit privé de Nancy II**, « Les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent, en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches », *D.* 1996.379.
- Centre de recherche droits et perspectives du droit (CRDP) – L'ERADP Univ. Lille 2 Droit et Santé**, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 16 (1^{ère} partie) », *LPA*, 17 déc. 2018, n° 251, p. 3 et s.
- Cerda-Guzman C.**, « De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des convention internationales et responsabilité de l'État du fait des lois », *RFDA* 2012.38.
- Champeil-Desplats V.**, « La notion de "fondamentalité" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995.323.
- Chauvet A.**, « Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par le juge judiciaire à la lumière du droit constitutionnel – Réflexions au regard du principe de la séparation des pouvoirs et du principe d'égalité devant la loi », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 30 et s.
- Chazal J.-P.**, « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », *D.* 2016.121.
- Chénéde F.**, « Brèves remarques sur la "fondamentalisation" du droit de la famille », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 41 et s.
- Chénéde F.**, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2016.796.
- Chénéde F.**, « De l'équité aux droits de l'homme », *AJ Fam* 2013.663.
- Chénéde F.**, « Des dangers de l'équité selon les droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014.179.
- Chénéde F.**, « Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*. Contribution à la réflexion de la Cour de cassation », *D.* 2021.1142.
- Chénéde F.**, « La "fondamentalisation" du droit commun des contrats : discours et réalité », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 51 et s.

Chénéde F., « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.* 2014.1797.

Chénéde F., « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017.953

Chénéde F., « Quelle "constitutionnalisation" pour le droit civil des contrats ? », *Jus Politicum*, n° 21, juill. 2018.

Chérot J.-Y., « La proportionnalité entre théorie politique et raisonnement selon le droit », *RRJ* 2017.1903.

Chérot J.-Y., « Les formulations d'objectifs dans le contrôle de constitutionnalité en France (Note sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel) », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.895.

Chérot J.-Y., « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? », *RRJ* 2018.2083.

Chevalier P., « Nouveauté devant la Cour de cassation du moyen tiré de la violation du droit conventionnel d'accès au juge (conclusions de l'avocat général en vue de l'arrêt Civ. 1^{ère}, 9 avr. 2013, n° 11-27.071) », *D.* 2013.1100.

Colliot J., « Prestation compensatoire – Action en recouvrement d'une prestation compensatoire sous forme de rente : refus de QPC », *Dr. fam.* 2019.1.

Coquelet L., « Être ou ne pas être sociétaire ? Les réponses de la Cour de cassation », *Rev. soc.* 2003.880.

Corneloup S., « L'article 47 du code civil et le droit international privé », *Rev. dr. Assas*, n° 10, oct. 2020, p. 103 et s.

Costa J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988.434.

Couderc M., « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D.* 1975.249.

Delmas-Marty M. et Izorche M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000.753.

Deswarte M.-P., « Intérêt général, Bien commun », *RDP* 1988.1289.

Deswarte M.-P., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 1993.23.

Deumier P., « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016.578.

Deumier P., « Interprétation conforme et QPC : la doctrine du droit mort vivant », *RTD civ.* 2021.88.

Deumier P., « La modulation de la jurisprudence et la foi accordée au droit », *RTD civ.* 2023.63.

Deumier P., « La réception de la conception européenne de la jurisprudence », *RTD civ.* 2015.575.

Deumier P., « Le mode d'emploi conforme et le pouvoir du juge », *RTD civ.* 2021.83.

Deumier P., « Les lois de validation et le dialogue des juges », *RTD civ.* 2014.604.

Deumier P., « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », *RTD civ.* 2010.504.

- Deumier P.**, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015.2022.
- Disant M.**, « La responsabilité de l'état du fait de la loi inconstitutionnelle », *RFDA* 2011.1181.
- Doré F.**, « État d'urgence et convention européenne des droits de l'homme : la dérogation n'exclut pas le contrôle », *AJDA* 2018.1343.
- Douchy-Oudot M.**, « Contentieux familial », *D.* 2015.649.
- Dreyer E.**, « Chronique de droit de la presse et des médias », *JCP G* 2022.925.
- Dreyer E.**, « Droit de la presse », *D.* 2017.181.
- Dreyer E.**, « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ* 2006.551.
- Dreyer E.**, « La Convention européenne des droits de l'homme comme cause d'irresponsabilité pénale ? », *D.* 2023.124
- Dreyer E.**, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006.748.
- Dreyer E.**, « Recevabilité d'un moyen "CEDH" développé pour la première fois devant la Cour de cassation », *JCP G* 2013.699.
- Dross W.**, « La fondamentalisation du droit des biens », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 45 et s.
- Dubois C.**, « L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal », *Rev. dr. Assas*, n° 20, sept. 2020, p. 62 et s.
- Dubout E.**, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP* 2013.130.
- Dubout E.**, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2007.397.
- Ducoulombier P.**, « Contrôle de la conventionnalité des lois : de la méthode avant toute chose », *D.* 2017.1778.
- Dupré de Boulois X.**, « Contrôle de conventionnalité *in concreto* : à quoi joue le Conseil d'État ? (CE, 28 déc. 2017, *Molénat*) », *RDLF* 2018.4.
- Dupré de Boulois X.**, « Droits fondamentaux et présomption de préjudice », *RDLF* 2012.10.
- Dupré de Boulois X.**, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2015.8.
- Dutheillet de Lamothe L.** et **Odinet G.**, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *AJDA* 2016.1398.
- Dyens S.** et **Sales E.**, « Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ? », *Rev. adm.* 1996.390.
- Egée V.**, « Un semestre de droit procédural de la famille (juill. 2016-janv. 2017) », *Dr. fam.* 2017.1.
- Egée V.**, commentaire Civ. 1^{re}, 15 janv. 2020, n° 18-24.261, *JDI* 2011.11.

- Eissen M.-A.**, « La Cour européenne des droits de l’homme », *RDP* 1986.1539.
- Etienney-de Sainte Marie A.**, « Contrôle de proportionnalité et motivation : quelle leçon la Cour de cassation offre-t-elle aux juges du fond ? », *D.* 2020.2405.
- Etienney-de Sainte Marie A.**, « La résiliation du prêt confronté à la liberté religieuse : vers un “forçage” du contrat tiré des droits fondamentaux ? », *D.* 2015.2350.
- Fabre-Alibert V.**, « La notion de “société démocratique” dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *RTDH* 1998.465.
- Fabre-Magnan M.**, « La dignité en droit, un axiome », *RIEJ* 2007.1.
- Fabre-Magnan M.**, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du droit », *D.* 2013.2384.
- Fabre-Magnan M.**, « Le sadisme n’est pas un droit de l’homme », *D.* 2005.2973.
- Fabre-Magnan M.**, « Le statut juridique du principe de dignité », *Droits* 2013/2, n° 58, p. 167 et s.
- Fabre-Magnan M.**, « Les trois niveaux d’appréciation de l’intérêt de l’enfant », *D.* 2015.224.
- Fallon D.**, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », *RBDC* 2017.129.
- Fatin-Rouge Stefanini M.**, « L’appréciation par les Cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée*, Institut Univ. Varenne, LGDJ, 2015, p. 29 et s.
- Fatin-Rouge Stefanini M.**, « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part du concret et la part de l’abstrait », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 38, janv. 2013, p. 211 et s.
- Fattaccini C.**, « L’intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) », *D.* 2015.1734.
- Favoreu L.**, « Conseil constitutionnel et pouvoirs publics », *RDP* 1967.5.
- Favoreu L.**, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP* 1986.395.
- Fenouillet D.**, « L’exacerbation de la volonté de l’enfant : le droit aux origines personnelles, soutien de la vérité biologique au détriment de la vie familiale ? », *Dr. fam.* 2020.30005.
- Fenouillet D.**, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit civil des personnes : promotion ou déformation ? », *Jus Politicum*, n° 20-21, juill. 2018.
- Fenouillet D.**, « La loi, le juge et les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ? », *RDC* 2005.1284.
- Flauss J.-F.**, « Actualité de la Convention européenne des droits de l’homme », *AJDA* 2010.2362.
- Foulquier N.**, « De la protection des droits... à l’insécurité juridique – Ou la remise en cause par la Cour européenne des droits de l’homme des fins de non-recevoir et des exceptions d’irrecevabilité consacrées par la procédure juridictionnelle française », *RTDH* 2003.1206.

Fourment F., « Information sur le droit de se taire : l'article 6 de la Convention, écran au renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, n° 29, 3 sept. 2019, p. 57 et s.

Foyer J. et Holleaux D., note sous Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Rev. crit. DIP* 1976.351.

François L., « Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », *Légipresse* 2014.339.

Fromont M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995.156.

Fulchiron H., « Cadrer le contrôle de proportionnalité : des règles "hors contrôle" ? », *D.* 2018.467.

Fulchiron H., « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016.1472.

Fulchiron H., « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016.1376.

Fulchiron H., « Gestation pour autrui : première demande de réexamen, premier succès », *Dr. fam.* 2018.227.

Fulchiron H., « L'enfant né d'un inceste », *Dr. fam.* 2017.224.

Fulchiron H., « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014.153.

Fulchiron H., « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017.656.

Fulchiron H., « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *D.* 2018.649.

Fulchiron H., « Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de cassation », *D.* 2015.21.

Fulchiron H., « Le contrôle de proportionnalité au service du respect des choix du législateur national », *Dr. fam.* 2017.9.

Garaud E., « La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », *RJPF* 2003.9.

Garcia Roca J., « Déférence internationale, imprécision de la marge nationale d'appréciation et procédure raisonnable de décision », *RTDH* 2020.71.

Gare T., « Filiation de l'enfant incestueux : ordre public ou intérêt de l'enfant ? », *RJPF* 2017.31.

Garrigue J., « On n'a pas l'éternité devant soi pour faire constater la possession d'état (commentaire de l'arrêt Civ. 1^{ère}, 2 déc. 2020, n° 19-20.279) », *RJPF*, n° 1, 1^{er} févr. 2021.

Gautier P.-Y., « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015.2189.

Gautier P.-Y., « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : "l'anti-Daguesseau" », *JCP G* 2016.189.

Gautier P.-Y., « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015.902.

Gay L., « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés “particulières” ? », *Nouv. Cah. Cons. const.*, n° 45, oct. 2014.

Gay L., « La notion de “droits-créances” à l’épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cah. Cons. const.*, n° 16, juin 2004.

Genicon T., « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016.751.

Genicon T., « Les nouvelles méthodes de la Cour de cassation et le droit des contrats : vers une inflexion de la théorie des nullités », *RDC* 2017.415.

Goesel-Le Bihan V., « À quoi sert le contrôle de l’adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2017.89.

Goesel-Le Bihan V., « La liberté personnelle dans la décision n° 2020-805 DC : entre continuité et innovation », *AJDA* 2020.1817.

Goesel-Le Bihan V., « Le contrôle de l’objectif poursuivi par le législateur dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2014.269.

Goesel-Le Bihan V., « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC* 2007.269.

Goesel-Le Bihan V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier Cons. const.*, n° 22, juin 2007.

Goesel-Le Bihan V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum* 2012, n° 7.

Goesel-Le Bihan V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d’une théorie générale », *RFDC* 2001.67.

Goesel-Le Bihan V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC* 1997.227.

Gohin O., « La responsabilité de l’État en tant que législateur », *RIDC* 1998.595.

Gouttenoire A. et **Sudre F.**, « L’incompatibilité de la réduction de la vocation successorale de l’enfant adultérin à la Convention EDH », *JCP G* 2000.II.10286.

Gouttes (de) R., « La Convention européenne des droits de l’homme et le juge français », *RIDC* 1999.7.

Gridel J.-P., « La protection de la vie privée, rupture ou continuité ? », *Gaz Pal.* 2007.4.

Guillaume M., « L’autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Nouv. Cah. Cons. const.*, janv. 2011, n° 30.

Guinchard S., **Ferrand F.** et **Moussa T.**, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de proportionnalité », *D.* 2015.278.

Hauser J., « Bail d’habitation : l’usage en bonne mère de famille », *RTD civ.* 1996.580.

Hauser J., « Y a-t-il un droit au divorce ? », *RTD civ.* 2012.300.

- Hénaff P.**, « L'unité des notions-cadres », *JCP G* 2005.I.189.
- Hennette-Vaucher S.**, « La France sous état d'urgence (14 nov. 2015-1^{er} nov. 2017) », *RTDH* 2018.347.
- Hennion-Jacquet P.**, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », *D.* 2004.1265.
- Héno B.**, « Le déclin des fins de non-recevoir en droit de la filiation », *JCP G* 1975.I.2706.
- Jamin C.**, « Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G* 2015.878.
- Jamin C.**, « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015.263.
- Jamin C.**, « Juges : le retour des déformations morbides ? », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 41 et s.
- Jamin C., Billiau M., Fabre-Magnan M. et Virassamy G.**, « Chronique contrats et obligations », *JCP G* 1996.3958.
- Jaoul M.**, « Comme Parker Lewis, le droit de propriété ne perd jamais ! », *Gaz. Pal.*, 26 nov. 2019, n° 41, p. 72 et s.
- Jestaz P.**, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts », *RTD civ.* 1979.480.
- Jestaz P., Marguénaud J.-P. et Jamin C.**, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061.
- Jeuland E.**, « L'école relationniste du droit, la nouaison ? », *Arch. philo. dr.* 2011, t. 54, p. 373.
- Karila-Danziger A. et Guillaume Joly F.**, « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ Fam.* 2021.582.
- Kelsen H.**, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP* 1928.197.
- Krenc F.**, « "Dire le droit", "rendre la justice". Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH* 2018.311.
- Lacabarats A.**, « La réflexion de la Cour de cassation sur le contrôle de conventionnalité », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 76 et s.
- Lagarde P.**, « La condition de réciprocité dans l'appréciation des traités internationaux : son appréciation par le juge interne », *Rev. crit. DIP* 1975.27.
- Laithier Y.-M.**, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC* 2013.410.
- Lamy (de) B.**, « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité », Université Toulouse Capitole, 25 mai 2017, en ligne.
- Lardeux G.**, « Bail commercial et droits fondamentaux », *Loyers copro.* 2018.12.
- Lardeux G.**, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 96 et s.
- Lassalle A.**, « Le contrôle *in concreto* est-il un jugement en équité ? », *RDLF* 2018.18.
- Lazerges C.**, « Les droits de l'homme à l'épreuve du terrorisme », *RSC* 2018.753.

- Le Gac-Pech S.**, « La proportionnalité : une pépite mystérieuse », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 46 et s.
- Le Gac-Pech S.**, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *Dr. civ.*, n° 153, 1^{er} nov. 2017.
- Lécuyer G.**, « La dignité de la personne humaine dissoute dans l'injure », *Légipresse* 2019.681.
- Lécuyer Y.**, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF* 2019.5.
- Legeais D.**, « Loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public », *RTD com.* 2014.664.
- Leroyer A.-M.**, « L'anonymat du donneur de gamètes devant le Conseil d'État : *bis repetita* », *RTD civ.* 2018.86.
- Leroyer A.-M.**, « Les délais en matière de filiation au prisme de la proportionnalité ou la nécessité d'une réforme », *RTD civ.* 2019.87.
- Leroyer A.-M.**, « Accès à l'AMP : âge limite pour les hommes », *RTD civ.* 2019.557.
- Leroyer A.-M.**, « Adoption : la tierce opposition au prisme du contrôle de proportionnalité », *RTD civ.* 2019.564.
- Leroyer A.-M.**, « **L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA** », *RTD civ.* 2019.838.
- Leroyer A.-M.**, « La protection de la vie privée gagnerait-elle du terrain sur la liberté d'expression ? », *RTD civ.* 2021.383.
- Leroyer A.-M.**, « La prescription des actions relatives à la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité : une épreuve inutile », *RTD civ.* 2021.2453.
- Leroyer A.-M.**, « Vie privée et liberté d'expression : exercice pratique de mise en balance », *RTD civ.* 2022.106.
- Leroyer A.-M.**, « **L'exportation de gamètes au prisme du contrôle de proportionnalité *in concreto*** », *RTD civ.* 2023.80.
- Libchaber R.**, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2002.1253.
- Libchaber R.**, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2007.1729.
- Libchaber R.**, « Pour la nullité absolue – même en matière de formalisme ! », *D.* 2013.1113.
- Loiseau G.**, « Caméra cachée : le droit à l'image escamoté », *Légipresse* 2017.256.
- Loiseau G.**, « Contrats et obligations – Régime de l'obligation », *JCP G* 2016.1051.
- Loiseau G.**, « La fondamentalisation du droit des personnes », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 37 et s.
- Louvel B.**, « Entretien », *JCP G* 2015.1122

Louvel B., « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », *Les cahiers de Portalis*, 2016/1, n° 3, p. 11.

Louvel B., « La justice n'est pas une administration comme les autres », *Gaz. Pal.*, 17 juill. 2018, n° 329, p. 9 et s.

Louvel B., « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », entrevue avec Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation, propos recueillis par H. Béranger, *JCP G* 2015.1960.

Malaurie P., « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005.1205.

Marchadier F., « Le contrôle de proportionnalité *in concreto* – Comment éviter une atteinte (disproportionnée) l'uniformité du droit et à la prévisibilité des solutions ? », *JCP G* 2020.1301.

Marchadier F., « Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'homme », *RDC* 2014.553.

Marguénaud J.-P. et Mouly J., « Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe européen de proportionnalité », *D.* 2001.574

Marguénaud J.-P., « De la protection européenne des locataires hospitaliers contre la rigueur des clauses d'habitation personnelle », *RTD civ.* 1996.1024.

Marguénaud J.-P., « La fondamentalisation du droit privé », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 33.

Marguénaud J.-P., « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.* 2011.725.

Marguénaud J.-P., « La régression des garanties procédurales conventionnelles face aux exigences de lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017.130.

Marguénaud J.-P., « La troisième chambre civile de la Cour de cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006.722.

Marguénaud J.-P., « Le refus de la procréation médicalement assistée à un couple d'homosexuelles mariées ou la subsidiarité otage de la proportionnalité », *RTD civ.* 2018.349.

Marguénaud J.-P., « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.* 2014.307.

Marketou A., « Analyse de proportionnalité et raisonnement au cas par cas dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cah. méth. jur.*, *RRJ* 2018.1865.

Martinel A., « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de procédure civile », *ENM - RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 60 et s.

Marzal T., « La Cour de cassation à "l'âge de la balance" », *RTD civ.* 2017.789.

Mathieu B., « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », dossier *La création du droit par le juge*, *Arch. philo. dr.*, t. 50, janv. 2007, p. 41 et s.

- Mazeaud D. et Leroyer A.-M.**, « La dignité n'est pas un concept à tout faire », *RTD civ.* 2020.78.
- Mazeaud P.**, « De l'intérêt général », Académie des sciences morales et politiques, séance 7 févr. 2011.
- Mekki M.**, « L'ordonnance 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016.494.
- Mekki M.**, « La fondamentalisation du droit de la preuve : réflexion sur les dérives d'un "droit à la vérité" », dossier *La fondamentalisation du droit*, *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 58 et s.
- Mekki M.**, « La nullité, entre modernité et tradition », *Gaz. Pal.*, n° 1, 3 janv. 2017, doct. 21.
- Mekki M.**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015.816.
- Ménard B.**, « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », *RTD civ.* 2022.1.
- Merland G.**, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cah. Cons. const.*, n° 16, juin 2004.
- Milano L.**, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi », *Rev. dr. Assas*, déc. 2017, p. 103 et s.
- Molfessis N.**, « Justice constitutionnelle », *Justices* 1996.330.
- Mollion G.**, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC* 2005.259.
- Monéger F.**, « Les droits successoraux des enfants adultérins », *RDSS* 2000.607.
- Monfort J.-Y.** : « L'apparition en jurisprudence du critère du "débat d'intérêt général" dans le droit de la diffamation », *Légipresse* 2012.21.
- Montalivet (de) P.**, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cah. Cons. const.*, n° 20, juin 2006.
- Montalivet (de) P.**, « QPC et "dialogue des juges" », *RFDC* 2018.919.
- Morand C.-A.**, « Les objectifs de la législation : approches diversifiées et complémentaires », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.853.
- Mouly J.**, « La fondamentalisation du droit du travail », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 93 et s.
- Muzny P.**, « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP* 2006.977.
- Niboyet J.-P.**, note sur Civ., 22 déc. 1931, *Sanchez*, *S.* 1932.1.157.
- Pastre-Belda B.**, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH* 2013.251.
- Pavia M.-L.**, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n° 54, p. 6 et s.
- Pérès C.**, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016.454.

Pettiti L., « Entrée en vigueur du protocole n° 15 à la Convention : réduction du délai de dépôt des requêtes », *D. actu. eur. proc.*, 26 avr. 2021.

Philippe X., « Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'homme », *RIDC* 2014.529.

Piazzon T., « Le droit de la consommation et la fondamentalisation du droit », *Rev. dr. Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 84 et s.

Picard E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998.6.

Pignarre G., « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 2005.1299.

Pontier J.-M., « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.* 1998.327.

Posez A., « La théorie des nullités – Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011.647.

Prélot P.-H., « L'actualité de l'arrêt *Benjamin* », *RDFa* 2013.1020.

Puig P., « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.* 2016.70.

Puig P., « La question constitutionnelle : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010.66.

Putman E. et **Prieto C.**, « Typologie matérielle et formelle des formulations d'objectifs dans les textes législatifs », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.879.

Raschel E., « La liberté d'expression ne s'arrête plus là où commence la dignité d'autrui (À propos de l'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 25 octobre 2019) », *CCE* 2020.4.

Raymond G., « Contrat de courtage matrimonial conclu par une personne déjà mariée », *CCC* 2012.76.

Raynaud P., note sur Civ., 4 févr. 1936, *S.* 1936.1.257.

Richard J.-P., « Conclusions d'une recherche effectuée par le service de commissions du Sénat », dossier *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, *RRJ* 1984.788.

Rideau J., note sous arrêt CA Paris, 7 juill. 1973, *D.* 1974.159.

Rivero J., « Droit public et droit privé : Conquête ou *statu quo* », *D.* 1947, chron. XVIII.

Robert J., « Propos sur le sauvetage d'une liberté », *RDP* 1971.1171.

Rochfeld J., « CEDH et interprétation des contrats en droit privé », *RDC* 2005.645.

Roman D., « Les droits sociaux, entre "injusticiabilité" et "conditionnalité" : éléments pour une comparaison », *RIDC* 2009.285.

Roulhac C., « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* de la loi : nouvelles applications, nouvelles interrogations (CE, 17 avr. 2019, n° 420468 et 420469) », *RDLF* 2019.51.

Rouquet Y., « Nullité de la clause obligeant le locataire à adhérer à une association », *D.* 2003.1694.

Rousseau D., « La question de constitutionnalité, un *big bang* juridictionnel », *RDP* 2009.631.

- Rousseau D.**, « La question préjudicielle de constitutionnalité : une belle question ? », *LPA*, n° 126, 25 juin 2009, p. 7 et s.
- Rousseau D.**, « Les droits de l’homme de la troisième génération », *RIEJ* 1987.19.
- Rouvière F.**, « Apologie de la casuistique », *D.* 2017.118.
- Rouvière F.**, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », *ENM – RJA*, n° 24, déc. 2020, p. 35 et s.
- Rouvière F.**, « La Cour de cassation doit-elle avouer ses motifs politiques ? », *RTD civ.* 2018.526.
- Rouvière F.**, « La méthode casuistique : l’apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », *RRJ* 2018.1985.
- Rouvière F.**, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017.524.
- Rouvière F.**, « Le nouveau gouvernement des juges », *RTD civ.* 2022.504.
- Roux J.**, « Du “but d’intérêt général suffisant” au “motif impérieux d’intérêt général” : les mots et les choses », *AJDA* 2014.1204.
- Roux J.**, « La jurisprudence *IVG* fragilisée par inadvertance », *D.* 2017.2378.
- Schœttl J.-E.**, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cah. Cons. const.*, n° 25, août 2009.
- Seiller B.**, « Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... », *JCP A* 2012.2316.
- Sériaux A.**, « Quand proportionnalité rime avec équité », *Cah. méth. jur.* 2018.2079.
- Stirn B.**, « Constitution et droit administratif », *Nouv. Cah. Cons. Const.*, n° 37, oct. 2012.
- Sturlèse B.**, « Mandat immobilier – Plaidoyer pour un revirement circonscrit de la jurisprudence trentenaire sur la nullité absolue du mandat immobilier affecté d’irrégularité formelle – Extraits de l’Avis », *JCP G* 2017.305.
- Sudre F.**, « Chronique de droit de la Convention européenne des droits de l’homme », *JCP G* 2006.I.109
- Sudre F.**, « Droit d’un étranger de mener une vie de couple avec son conjoint », *JCP G* 2010.904.
- Sudre F.**, « La Convention européenne des droits de l’homme a 65 ans. Un acquis remarquable, un avenir incertain », *JCP G* 2018.1036.
- Sudre F.**, « La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l’homme », *D.* 1988.71.
- Sudre F.**, « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour EDH », *JCP G* 2013.1086.
- Sudre F.**, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l’homme – De quoi est-il question ? », *JCP G* 2017.289.
- Surrel H.**, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *Nouv. Cahiers Cons. const.*, 1^{er} janv. 2018, n° 58, p. 133 et s.

Tadros A., « Vers l'établissement d'une hiérarchie objective en faveur du droit de propriété au détriment du droit au domicile ? », *RDC* 2018.452.

Terré F., « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 2009.52.

Teysse B. et Anciaux N., « Chronique de droit des personnes », *JCP G* 2020.1025.

Théry P., « Pierre Hébraud, "Le juge et la jurisprudence" », *Rev. dr. Assas*, n° 23, mai 2022, p. 162.

Touffait A., concl. sur Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *D.* 1975.497.

Touzé S., « Pour une lecture "anzilottienne" de la Convention européenne des droits de l'homme. À travers la subsidiarité, un dualisme oublié ? », *Droits* 2012.255.

Trasbot A., note sur Civ., 22 déc. 1931, *Sanchez, DP* 1931.1.113.

Troper M., « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC* 1990.31.

Truchet D., « La notion d'intérêt général, le point de vue d'un professeur de droit », *Légicom* 2017.5.

Tusseau G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA* 2009.641.

Van Drooghenbroeck S., « L'article 17 de la Conv. EDH est-il indispensable ? », *RTDH* 2001.541.

Vedel G., « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948.I.682.

Vedel G., « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers Cons. const.*, n° 1, déc. 1996.

Vedel G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950.I.851.

Vegleris P., « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *RDH* 1968.219.

Verpeaux M., « La liberté », *AJDA* 1998.144.

Vigneau V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017.123.

Zelevic-Duhamel A., « Le droit au respect de la vie privée ne permet pas de cumuler les filiations adoptive et biologique », *D.* 2020.2437.

Zénati-Castaing F., « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016.511.

Encyclopédies et dictionnaires

Albiges C., *Rép. dr. civ.*, « Équité », oct. 2017, actu. janv. 2019.

Alland D. et Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 1^{re} éd., 2003.

Boré J. et Boré L., *Rép. proc. civ.*, « Pourvoi en cassation », déc. 2015, actu. mai 2023.

Boulouis N., *Rép. cont. admin.*, « Travaux publics – Notions », sept. 2014, actu. avr. 2019.

- Carreau D.**, *Rép. dr. internat.*, « Traité international », sept. 2010, actu. avr. 2019.
- Centre national de ressources textuelles et lexicales*, en ligne.
- Cornu G.**, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant (dir.), PUF, coll. « Quadrige », 14^e éd., 2022.
- Djouidi J.**, *Rép. dr. immo.*, « Servitudes – Construction de servitudes », avr. 2016, actu. avr. 2023.
- Dreyer E.**, *J.-Cl. Comm.*, « Fasc. 40 : Image des personnes », oct. 2021.
- Dutheil de La Rochère J.**, *J.-Cl. Libertés (archives)*, « Fasc. 140 : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », févr. 2010.
- Gouëzel A.**, *J.-Cl. Civil code*, « Art. 6 – Fasc. unique : Ordre public et bonnes mœurs – Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats », 24 oct. 2018.
- Gouttenoire A.**, *Rép. dr. civ.*, « Autorité parentale – Relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents », oct. 2022.
- Guinchard S.**, *Rép. proc. civ.*, « Procès équitable », mars 2017, actu. nov. 2022.
- Lamboley A.** et **Bernard-Xémard C.**, *J. Cl. Civil Code*, « Art. 161 à 164 : Prohibition du mariage entre parents et alliés », actu. 12 juin 2020.
- Leclercq P.**, *J.-Cl. Civil Code – Archives ant. au 1^{er} oct. 2016*, « Art. 6 – Fasc. unique : Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats », 10 févr. 2011.
- Lemouland J.-J.**, **Piette G.** et **Hauser J.**, *Rép. dr. civ.*, v^o « Ordre public et bonnes mœurs », févr. 2019, actu. juin 2023.
- Monsebernard (de) M.**, *Rép. cont. admin.*, « Référé d'urgence : le référé liberté », juill. 2021.
- Moreau J.**, *Rép. cont. admin.*, « Voie de fait », sept. 2016, actu. mars 2018.
- Olszak N.**, *Rép. dr. soc.*, « Agriculture : groupement de sociétés agricoles – Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural », sept. 2008, actu. janv. 2022.
- Pansier F.-J.**, *Rép. dr. civ.*, « Séquestre », nov. 2022.
- Picod Y.**, *Rép. dr. civ.*, « Nullité », juill. 2019, actu. oct. 2022.
- Rabourdin P.** et **Muir Watt H.**, *Rép. dr. internat.*, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère – La charge de la connaissance de la loi étrangère », avr. 2017.
- Sana-Chaillé de Néré S.**, *JCl. Civil Code – Archives antérieures au 1^{er} octobre 2016*, « Art. 1304 à 1314 – Fasc. 10 : Nullité ou rescision des conventions – Généralités : nullité », 4 sept. 2012, actu. 1^{er} mars 2016.
- Seiller B.**, *Rép. cont. admin.*, « Acte administratif : régime – Élaboration de l'acte », oct. 2020.
- Sudre F.**, *J.-Cl. Eur. Traité*, « Fasc. 6500 : Convention européenne des droits de l'homme – Caractères généraux », 29 avr. 2020.

Vignal T., *Rép. dr. internat.*, « Preuve », actu. mars 2013, n° 6.

Rapports, communiqués, groupes de travail

« Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour de cassation en matière de procédure civile – Étude de la deuxième chambre civile », in *Cour de cassation – Recueil annuel des études 2023*, La Documentation française.

Arens C., « Discours de la première présidente », in *Cour de cassation – Rapport annuel 2019*, site Internet C. cass.

Canas S. et Le Cotty R., « Notes sur l'intensité du contrôle opéré par la première chambre civile en cas de mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité/proportionnalité », *Annexe 1 – Rapport 2020 – Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, site Internet C. cass, p. 11 et s.

Communiqué relatif à l'arrêt n° 1389 Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, site Internet C. cass.

Conseil d'État – Rapport public 1999 – Jurisprudence et avis 1998 – L'intérêt général, La Documentation française.

Cour de cassation – Rapport public 2013 – L'ordre public, site Internet C. cass.

Cour de cassation – Rapport public 2018 – Le rôle normatif de la Cour de cassation, site Internet C. cass.

Groupe de travail commun au Conseil d'État et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnalité, 2018, en ligne.

Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité – Cour de cassation – Rapport 2020, site Internet C. cass.

Honorat E., « La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in *Conseil d'État – Rapport public 1999 – Jurisprudence et avis 1998 – L'intérêt général*, La Documentation française, p. 387 et s.

L'ordre public – Cour de cassation – Rapport annuel 2013, site Internet C. cass.

Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change, dossier de presse, 5 avr. 2019, site Internet C. cass.

Louvel B., « Discours de la rentrée solennelle de la Cour de cassation », Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 14 janv. 2016, site Internet C. cass.

Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de cassation, B. Pireyre (dir.), déc. 2018, site Internet C. cass.

Merloz F., « Notes sur la notion de marge nationale d'appréciation de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité – Cour de cassation – Rapport 2020*, C. Arens et A.-M. Batut (dir.), juin 2020, p. 33 et s., site Internet C. cass.

Note explicative Ass. plén., n° 649, 25 oct. 2019, n° 17-86.605, site Internet C. cass.

Pireyre B., « Note relative au contrôle de proportionnalité pratiqué en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », *Annexe II – Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité – Cour de cassation – Rapport 2020*, C. Arens et A.-M. Batut (dir.), juin 2020, p. 15 et s.

Rapport de la commission de réflexion pour la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, site Internet C. cass.

Schœttl J.-E., « Intérêt général et Constitution », in *Conseil d'État – Rapport public 1999 – Jurisprudence et avis 1998 – L'intérêt général*, La Documentation française, p. 375 et s.

Weber J.-F., « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. info. C. cass.*, n° 702, 15 mai 2009, site Internet C. cass.

Travaux préparatoires de textes

Archives parlementaires de la Révolution française, 1^{re} série, t. VIII.

Desmarescaux S., *Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale relatif à la bioéthique*, n° 125, Session ordinaire de 2002-2003, Annexé au procès-verbal de la séance du 14 janv. 2003.

Étude d'impact de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, disponible sur le site Internet de l'Assemblée nationale.

Étude d'impact de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, en ligne sur Légifrance, « Tableau synoptique des consultations », p. 7 et s.

<https://www.vie-publique.fr/questions-reponses/269427-etat-durgence-et-autres-regimes-dexception-article-16-etat-de-siege>

« La notion de principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées », in *Travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme - Projet de convention présenté par le Mouvement européen au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en juillet 1949*.

P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 1836, t. 9.

Portalis J.-M.-E., *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, éd. Confluences, Bordeaux, 1801.

Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, Martinus Nijhoff Publishers, 1979, vol. I à VII.

Travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme - Projet de convention présenté par le Mouvement européen au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en juillet 1949.

Travaux préparatoires d'arrêts

Acquaviva J.-N., rapport sur l'arrêt Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2017, 15-28.597.

Bailly O., conclusions sous Civ. 3^e, 13 juill. 2016, n° 16-40.214, in *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, R. Salomon (dir.), éd. Panthéon-Assas, p. 32 et s.

Barincou P., rapport sur Ass. plén., 7 nov. 2022, n° 21-83.146.

Bretonneau A., concl. sur l'arrêt CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848.

Cabannes, concl. *Gaz. Pal.* 1973.II.661, spéc. p. 663.

Corneille M., concl. SUR CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur c. Époux Latanne et Brousse*, *Rec. Lebon*, p. 573 ; DP 1922.3.26.

Corneille M., concl. sur CE, 17 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

Courcol-Bouchard C., avis sur Ass. plén., 22 mars 2019, n° 18-17.442.

Desportes F. et Salomon R., avis sur Ass. plén., 28 févr. 2020, n° 18-80.162, 18-80.164, 18-80.165 et 19-86.609

Desportes F., avis sur Ass. plén., 25 nov. 2019, n° 18.86-767.

Desportes F., avis sur Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605.

Geffray E., concl. sur CE, Ass., 13 mai 2011, n° 316734.

Gouttes (de) R., avis sur Ass. plén., 7 avr. 2006, n° 05-11.519.

Grass R., rapport sur Ass. plén., 9 nov. 2018, n° 17-16.335.

Ingall-Montagnier P., avis sur Ass. plén., 19 oct. 2018, n° 17-16.335.

Ingall-Montagnier P., avis sur Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2017, 15-28.597.

Jacques L., rapport sur Ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605.

Lecaroz M., avis sur Ass. plén., 16 déc. 2022, n° 21-23.685.

Méano A.-L., rapport Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-21.515 et 14-11.776.

Mollard P., rapport sur Ass. plén., 10 juill. 2020, n° 18-18.542 et 18-21.814.

Monge A.-C., rapport sur Ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963.

Pascal Mme, rapport sur l'arrêt Ass. plén., 7 avr. 2006, n° 05-11.519.

Rémery J.-P., rapport sur Com., 16 oct. 2012, n° 12-40.061, 12-40.062, 12-40.063, 12-40.064 et 12-40.065

Salvat M., avis sur l'arrêt Civ. 3^e, 5 oct. 2016, n° 16-40.229, 16-40.228, 16-40.230, 16-40.231, 16-40.232 et 16-40.233, *in Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, R. Salomon (dir.), éd. Panthéon-Assas, p. 48 et s.

Sassoust P., avis sur Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507

Soulard C., rapport sur l'arrêt Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002.

Teiller M.-N., rapport sur Ass. plén., 17 déc. 2018, n° 18-82.737.

Littérature, philosophie et histoire

Aquin (d') Saint T., *Somme théologique*.

Aristote, *L'Éthique à Nicomaque*.

Balzac (de) H., *La femme de trente ans*, Folio classique.

Fauré C., *Les déclarations des droits de l'homme de 1789 – Textes réunis et présentés par Christine Fauré*, Bibliothèque historique Payot, 1998.

Habermas J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Gallimard, coll. « NRF essais », 1997.

Hamilton E., *La mythologie – Ses dieux, ses héros, ses légendes*, Marabout.

Hugo V., *L'homme qui rit*, Livre quatrième, VIII.

Jaume L., *Les déclarations des droits de l'homme*, GF Flammarion, 1989.

La Bruyère (de) J., *Les Caractères*, « Des ouvrages de l'esprit », « Les caractères ou les mœurs de ce siècle ».

Montesquieu (de Secondat de) C. L., *De l'esprit des lois*, GF Flammarion

Platon, « Prosopopée des lois », *Criton*, trad. V. Cousin.

Rousseau J.-J., *Du contrat social*, Flammarion.

Sieyès E., *Qu'est-ce que Tiers-État ?* Champs Flammarion.

Presse et sources journalistiques

Collet M., « Les Sages en font-ils trop ? », *Le Monde*, 3 janv. 2013.

Fabre-Magnan M., *L'intérêt de l'enfant est-il toujours compatible avec le droit ?*, émission radio « Du Grain à moudre », France Culture, 2 juin 2015.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	5
Principales abréviations.....	7
Sommaire	9
Introduction	13
<i>Partie 1 : Analyse positive du contrôle judiciaire</i>	45
<i>Titre 1 : Analyse dynamique : l'existence du contrôle judiciaire</i>	47
Chapitre 1 : L'omniprésence théorique de l'intérêt général dans les textes	49
Section 1 : Les différentes manifestations de l'intérêt général	49
§1. Les droits insusceptibles de limitations par l'intérêt général	51
§2. Les droits susceptibles d'une limite d'intérêt général	52
A. L'intérêt général comme limite implicite	53
1. Raisons et implications de la présence implicite de l'intérêt général dans les textes	54
a. L'intérêt général implicite dans le bloc de constitutionnalité	54
b. Les manifestations conventionnelles de l'intérêt général implicite	58
c. Les illustrations légales de la limite implicite d'intérêt général.....	59
2. L'article 17 : l'abus de droit et la « limite de la limite » d'intérêt général	60
3. Les textes de lutte contre le détournement de pouvoir en matière de droits fondamentaux .	63
B. L'intérêt général comme limite formelle	64
1. La limite d'intérêt général formel énoncée telle quelle	64
2. La limite d'intérêt général sous forme d'une notion voisine	65
3. La limite d'intérêt général par la norme qui l'exprime.....	70
C. L'intérêt général comme limite substantielle.....	73
1. Le cas des circonstances exceptionnelles	74
2. Les enjeux d'intérêt général visés par les textes en dehors de l'hypothèse de la clause d'ordre public	75
D. L'intérêt général dans la clause d'ordre public : limite formelle et substantielle	78
1. Le mécanisme de la clause d'ordre public : une manifestation combinée de l'intérêt général formel et substantiel	79
2. Les enjeux substantiels d'intérêt général dans la Convention européenne des droits de l'homme	86
a. Les enjeux communs à tous les articles : l'intérêt général incontournable	91
b. Les enjeux spécifiques à certains articles : l'intérêt général spécifique.....	94
□. Les enjeux spécifiques de limitation de l'article 10.....	94
□. Le bien-être économique à l'article 8.....	95

□. L'intérêt public et la liberté de circulation	96
□. La limite ratione personae de la liberté d'association	96
Section 2 : Les différentes fonctions de l'intérêt général.....	97
§1. L'intérêt général, limite de tous les droits fondamentaux	98
A. L'intérêt général, limite exprimée des droits d'agir.....	100
B. L'intérêt général, limite implicite des droits d'obtenir	101
§2. La fonction de l'intérêt général limite des droits fondamentaux	110
A. La fonction de l'intérêt général dans les textes de droits fondamentaux : un standard...	110
B. La fonction de l'intérêt général comme objectif de la loi : la légitimation de la règle....	116
Chapitre 2 : L'omniprésence théorique de l'intérêt général dans le contrôle	121
Section 1 : La structure du contrôle de proportionnalité autour de l'intérêt général .	122
§1. Le contrôle de proportionnalité et son lien avec l'intérêt général.....	122
A. L'omniprésence de la proportionnalité	122
B. Le contrôle de proportionnalité pour l'application des droits et libertés fondamentaux	
.....	125
C. Contrôle de proportionnalité <i>in concreto</i> et contrôle <i>in abstracto</i>	127
§2. La structuration des étapes de contrôle autour de l'objectif d'intérêt général .	130
A. Le contrôle du but poursuivi par l'ingérence : le contrôle de l'intérêt général.....	131
B. L'étape d'adéquation et l'intérêt général	134
C. L'étape de nécessité et l'intérêt général	135
D. L'étape de proportionnalité au sens strict et l'intérêt général.....	136
Section 2 : la place de l'intérêt général dans le contrôle de proportionnalité devant le	
conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme	138
§1. Le contrôle au regard du bloc de constitutionnalité	141
A. Le Conseil constitutionnel : un contrôle abstrait très centré sur l'objectif de la loi..	141
1. Qualification et classification de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel	146
2. Le contrôle de proportionnalité abstrait centré sur la norme	151
B. Le développement du filtrage devant la Cour de cassation.....	155
§2. La convention européenne des droits de l'homme : l'intérêt général mis en balance..	158
A. La Cour européenne des droits de l'homme : l'étape centrale de balance des intérêts	
.....	161
1. Les figures de contrôle : une balance des intérêts concrets au détriment de l'intérêt général	
.....	162
2. Les étapes du contrôle concret : une faible prise en compte de l'intérêt général.....	166
a. Le vocabulaire de la Cour européenne.....	167
b. La mise en œuvre des étapes classiques du contrôle de proportionnalité	168

c. La place structurellement défavorable de l'intérêt général : l'exception face au principe de respect des droits fondamentaux	170
d. L'influence de la structure du conflit sur le contrôle de l'intérêt général	172
B. Le développement du contrôle de conventionnalité devant la Cour de cassation.....	176
1. Les débuts du contrôle.....	176
2. La pratique du contrôle article par article.....	182
a. Les droits dotés d'une clause d'ordre public.....	182
b. Les droits dépourvus de clause d'ordre public.....	184
Titre 2 : Analyse méthodologique : les faiblesses du contrôle judiciaire.....	191
Chapitre 1 : La détermination du contenu de l'intérêt général.....	193
Section 1 : La détermination judiciaire du contenu de la limite d'intérêt général	194
§1. L'intérêt général comme pétition de principe dans les motifs	194
A. L'absence de méthode de détermination dans les arrêts de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité	195
B. L'absence de méthode apparente dans les arrêts de contrôle de conventionnalité et de proportionnalité	197
1. Le silence sur l'intérêt général dans l'ancienne pratique du contrôle de conventionnalité.	197
2. La discrète référence à l'intérêt général dans les arrêts plus récents	198
3. La référence aux travaux préparatoires de la loi dans la recherche du motif impérieux d'intérêt général.....	203
§2. La recherche d'une méthode dans les documents annexes à l'arrêt.....	204
A. La référence occasionnelle aux autres juridictions	207
B. La référence éventuelle à la doctrine	212
C. La référence trop rare aux travaux du législateur.....	215
1. L'expression des objectifs de la loi dans les documents préparatoires de la loi	215
2. Le recours occasionnel aux travaux préparatoires de la loi dans les documents préalables des arrêts.....	218
§3. Preuve et démonstration de l'intérêt général.....	221
A. L'objet de la preuve ou de la démonstration de l'intérêt général.....	221
B. La charge de la preuve de l'intérêt général	224
1. Pratique en droit administratif.....	224
2. Pratique du Conseil constitutionnel.....	226
3. Pratique de la Cour européenne des droits de l'homme	227
4. Pratique de la Cour de cassation.....	232
Section 2 : La comparaison avec d'autres juridictions.....	236
§1. L'intérêt général devant les juridictions internes	237
A. La comparaison de la Cour de cassation avec le Conseil d'État.....	237

1. L'intérêt général en dehors des cas d'application des droits fondamentaux.....	238
2. L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux devant le Conseil d'État.....	244
3. L'intérêt général dans le filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État.....	247
B. La comparaison de la Cour de cassation avec le Conseil constitutionnel.....	249
C. La comparaison de la Cour de cassation avec les juges judiciaires du fond.....	250
1. Le filtrage par les juges du fond des questions prioritaires de constitutionnalité.....	250
2. Le contrôle de conventionnalité des juges du fond.....	253
§2. L'intérêt général devant les juridictions supranationales.....	255
A. La Cour européenne des droits de l'homme.....	255
B. La Cour de justice de l'Union européenne.....	257
Chapitre 2 : la mise en œuvre de la limite d'intérêt général.....	261
Section 1 : la limite d'intérêt général dans le filtre des questions prioritaires de constitutionnalité.....	261
§1. Le contrôle de l'intérêt général abstrait par le conseil constitutionnel.....	262
A. Un véritable travail de qualification des enjeux d'intérêt général.....	262
1. Démonstration de l'existence d'un contrôle du contenu de l'intérêt général.....	262
2. Le travail de qualification des enjeux d'intérêt général.....	265
3. La classification des enjeux d'intérêt général devant le Conseil.....	267
B. Le contrôle de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel.....	271
1. Les conditions du contrôle de l'intérêt général devant le Conseil constitutionnel.....	271
2. Les limites du contrôle de l'intérêt général.....	272
C. La mise en œuvre de l'intérêt général dans le contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel.....	275
§2. Le contrôle de l'intérêt général dans le cadre du filtre des questions prioritaires de constitutionnalité.....	280
A. La présence rare de l'intérêt général dans les arrêts de filtrage.....	280
1. Un contrôle de l'intérêt général rare dans les décisions de transmission.....	281
2. Un contrôle sommaire dans les décisions de refus.....	283
B. Une reprise partielle des éléments de contrôle de l'intérêt général par la Cour de cassation.....	285
1. Une reprise occasionnelle de la classification des enjeux d'intérêt général.....	285
2. Une reprise discrète du contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel.....	287
Section 2 : La limite d'intérêt général dans le contrôle de conventionnalité.....	289
§1. Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme.....	289
A. Le contrôle de la compétence de détermination de l'intérêt général : la marge nationale d'appréciation.....	289

1. Principe de subsidiarité, marge nationale d'appréciation et intérêt général.....	289
2. Variation de la marge nationale d'appréciation et intérêt général	292
3. Prévisibilité de la marge nationale d'appréciation ?	296
B. Le contrôle de l'intérêt général par la Cour européenne des droits de l'homme	298
1. Le contrôle systématique de l'existence d'un but légitime.....	298
2. La qualification de la légitimité du but : le contrôle du contenu de l'intérêt général et de sa légitimité.....	300
a. Le contrôle du contenu de l'intérêt général.....	301
b. La requalification des enjeux d'intérêt général par la Cour	303
c. Une faible différenciation en fonction de l'enjeu d'intérêt général considéré	305
C. Un contrôle concret de proportionnalité mettant en œuvre l'intérêt général abstrait	307
1. Une ambiguïté du contrôle nuisible à l'intérêt général.....	307
2. Un contrôle exclusivement articulé autour de la balance des intérêts	311
§2. Sa réception par la cour de cassation	314
A. Le rapport ambivalent de la Cour de cassation au contrôle de l'intérêt général	315
1. Le contrôle de la marge nationale d'appréciation par la Cour de cassation : la détermination par la Cour de sa propre compétence.....	315
2. Le contrôle de l'intérêt général par la Cour de cassation : entre ambivalence et indifférence	316
3. Deux cas particuliers de qualification de l'intérêt général.....	318
a. Cas particulier du motif impérieux d'intérêt général	318
b. La trompeuse qualification du « débat d'intérêt général ».....	320
B. Une pratique brouillée de la distinction entre le contrôle <i>in concreto</i> et le contrôle <i>in abstracto</i> source de confusion quant à la place de l'intérêt général	322
1. Une distinction contestée en doctrine	323
2. Une distinction existante	324
3. La pratique de la Cour de cassation : entre balance mixte et rare balance.....	326
Partie 2 : Critique prospective du contrôle judiciaire	333
Titre 1 : De lege lata : les effets critiqués du contrôle judiciaire.....	335
Chapitre 1 : Les effets sur les sources du droit.....	337
Section 1 : la modification des rapports entre le législateur et la cour de cassation ..	337
§1. L'appréciation de l'intérêt général par le juge aux côtés du législateur.....	338
A. Les rôles traditionnels du juge et du législateur quant à l'intérêt général et à la loi .	338
1. Le rôle traditionnel du législateur : l'élaboration de la loi et le choix des enjeux d'intérêt général poursuivis.....	339
2. Les rôles traditionnels du juge judiciaire : la détermination de l'ordre public et l'interprétation de la loi	342

a. Le rôle traditionnel du juge dans le maniement de l'intérêt général : l'ordre public contractuel	342
b. Le rôle traditionnel du juge face à la loi : application, interprétation et occasionnellement, pouvoir modérateur.....	349
B. Les effets du contrôle de l'intérêt général sur les rôles traditionnels du juge et du législateur : le juge, nouvel arbitre des intérêts	353
C. L'impression de diminution de la marge nationale d'appréciation du législateur au profit du juge	354
§2. L'apparition d'un juge « co-législateur » ?	362
A. Le maniement de l'intérêt général et la crainte du « gouvernement des juges »	365
1. La question du « gouvernement des juges ».....	365
2. Les enjeux de la nouvelle place du juge face à la loi à travers le contrôle de l'intérêt général	368
B. La mise en œuvre de l'intérêt général et la crainte du jugement en équité	371
1. Le rapprochement entre équité et proportionnalité.....	372
2. Une nouvelle forme de pouvoir modérateur pour le juge ?	375
Section 2 : L'influence sur le rapport entre la cour de cassation et les juges du fond	377
§1. Le contrôle de la détermination de l'intérêt général par la cour de cassation ..	379
A. L'intégration de l'intérêt général dans la technique de cassation : le « moyen » d'intérêt général.....	379
1. Le sort du moyen d'intérêt général invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation	382
2. Le relevé d'office de l'intérêt général	385
B. L'examen par la Cour de cassation de l'identification de l'intérêt général par les juges du fond.....	387
1. La proposition d'une méthode d'identification de l'intérêt général.....	388
2. Le cas d'ouverture à cassation pour sanctionner la découverte de l'intérêt général	389
§2. Le contrôle du maniement de l'intérêt général par la cour de cassation	391
A. Le cas d'ouverture à cassation en cas de maniement incorrect de l'intérêt général .	391
1. La référence aux cas classiques d'ouverture à cassation	391
2. Les limites des cas d'ouverture à cassation existants	393
B. L'intensité du contrôle de l'intérêt général	394
1. Un contrôle lourd pour l'intérêt général abstrait	395
2. L'incertitude quant à l'intérêt général concret.....	396
Chapitre 2 : Les effets sur le fond du droit	403
Section 1 : Des effets avérés limités sur les solutions.....	407
§1. La matière contractuelle et les effets du nouveau contenu de l'ordre public ...	407

A. Un nouveau contenu pour l'ordre public : la prise en compte des intérêts particuliers par l'ordre public	408
B. Des effets réels limités	415
C. Des effets potentiels importants	421
1. Les effets potentiels explicitement refusés en droit positif.....	421
2. Les effets potentiels au statut incertain.....	422
§2. En dehors de la matière contractuelle : les effets de la faible prise en compte de l'intérêt général	429
A. Le changement de fonction des notions par la prise en compte de l'intérêt particulier	429
B. La modification des règles sous l'influence des intérêts particuliers.....	430
1. L'acceptation de conséquences de pratiques de procréation interdites.....	430
2. Le recul des interdits en matière de mariage	432
3. De nouvelles conditions d'application de la loi.....	435
4. La difficulté de justifier certaines différences de traitement avec l'intérêt général	436
C. L'apparition de nouvelles actions : filiation et fins de non-recevoir.....	438
Section 2 : des manifestations de l'effacement de l'intérêt général dans les solutions	442
§1. La faible valorisation des enjeux d'intérêt public	447
A. La faible importance de certains enjeux	447
1. Le refus des enjeux d'intérêt public : l'exemple de l'intérêt financier	447
2. Le recul de l'enjeu moral en tant que justification des restrictions de liberté.....	451
a. La position ambivalente de la Cour européenne des droits de l'homme.....	452
b. Le Conseil constitutionnel et l'argument moral.....	457
B. Le déplacement des questions pour occulter l'enjeu d'intérêt général	460
C. La substitution de l'intérêt particulier à l'intérêt général dans balance	463
1. L'admission de la mise en balance de règles auparavant incontournables	463
2. L'intérêt particulier en lieu et place de l'intérêt général.....	465
3. L'importance de la limite d'intérêt général liée à la protection des droits et libertés d'autrui	467
§2. Les interférences entre intérêts particuliers et intérêt général.....	470
A. La valorisation des enjeux d'intérêt général incarnables	470
1. La valorisation formelle de certains enjeux d'intérêt général incarnables.....	470
a. La valorisation formelle dans l'ordre juridique : objectif de valeur constitutionnelle et motif impérieux	471
b. Le double rôle d'enjeu d'intérêt général et de droit ou liberté comme manifestation de l'« incarnabilité ».....	473
□. La sécurité juridique	473

□. La sécurité physique	476
□. La santé en période « normale »	477
2. La valorisation à travers la qualification d'enjeu d'intérêt général d'exception : les situations d'état d'urgence	478
a. La santé, enjeu d'intérêt général incarnable justifiant l'état d'urgence.....	480
b. La sécurité, enjeu d'intérêt général incarnable justifiant l'état d'urgence	482
B. La suprématie de l'intérêt particulier déguisé en intérêt général	483
1. La protection de la liberté d'expression à travers le débat d'intérêt général.....	484
a. Le débat d'intérêt général : une fausse manifestation de l'intérêt général au service de la liberté d'expression.....	484
b. La mise en balance du débat d'intérêt général avec le droit pourtant « absolu » de propriété.....	492
2. L'individualisation de l'intérêt général	496
Titre 2 : De lege ferenda : la réforme proposée du contrôle judiciaire.....	501
Chapitre 1 : La reconstruction du raisonnement.....	503
Section 1 : La reconstruction de la détermination de l'intérêt général.....	503
§1. Les méthodes d'interprétation au service de l'identification de l'intérêt général abstrait	504
A. Les modalités de la présence de l'intérêt général dans la loi	505
B. Les méthodes d'interprétation de la règle de droit au service de l'identification de l'intérêt général.....	508
§2. La preuve de l'intérêt général concret.....	514
Section 2 : La reconstruction de l'utilisation de l'intérêt général	515
§1. Le contrôle de l'intérêt général dans l'étape d'adéquation	518
§2. Le contrôle de la nécessité dans le respect de la compétence du législateur ...	519
§3. La mise en œuvre de l'intérêt général dans la balance des intérêts.....	523
A. L'intérêt général abstrait dans le contrôle <i>in abstracto</i>	523
B. L'intérêt général concret dans le contrôle <i>in concreto</i>	524
C. L'intérêt général dans la théorie du bilan pour compléter le contrôle <i>in concreto</i> ...	525
Section 3 : Des exemples de rédaction d'arrêtés.....	528
§1. Les outils formels de la reconstruction du raisonnement.....	528
A. Les outils sémantiques	528
B. Filtrage des pourvois et intérêt général	528
C. Les ressources du dialogue des juges en matière d'intérêt général.....	530
D. Les enjeux de motivation.....	532
1. La motivation enrichie au service de l'intérêt général	532

2. Les arrêts-pilotes comme exemples de mise en œuvre de la limite d'intérêt général.....	534
§2. La mise en pratique de la reconstruction du raisonnement	535
A. La mise en œuvre de la clause d'ordre public.....	535
1. La conventionnalité abstraite de la disposition.....	536
2. En cas de loi conventionnelle : contrôle de proportionnalité <i>in concreto</i>	538
B. Conflit entre deux droits et libertés d'égale valeur : proportionnalité au sens strict.	541
C. La question prioritaire de constitutionnalité	542
Chapitre 2 : La reconstruction des solutions	545
Section préliminaire : Les solutions doctrinales proposées pour lutter contre les effets néfastes de la proportionnalité <i>in concreto</i>	545
§1. La proposition d'abandon du contrôle de proportionnalité <i>in concreto</i>	546
§2. Le recours à la casuistique	550
§3. L'erreur manifeste d'appréciation	552
Section 1 : Les sources d'inspiration : la réparation des dommages causés aux droits fondamentaux	554
§1. Un mécanisme sans responsabilité : le référé-liberté, pour contrer l'action administrative	554
§2. La responsabilité des organes de l'état du fait de leurs actions ou décisions...	556
A. La responsabilité de l'État du fait de l'administration.....	556
1. La responsabilité pour faute du fait d'un manquement de l'administration aux droits fondamentaux d'une personne privée.....	556
2. La responsabilité sans faute du fait de l'impossibilité d'exécuter une décision administrative	557
B. La responsabilité de l'État du fait du juge	559
C. La responsabilité de l'État du fait de la loi	559
1. La responsabilité pour faute du législateur.....	560
2. La responsabilité sans faute.....	561
§3. Responsabilité horizontale et droits fondamentaux	564
Section 2 : la proposition de passage à une logique de d'atténuation de la disproportion pour protéger la règle d'intérêt général	566
§1. Texte proposé	567
§2. Quelques exemples de mise en œuvre du texte.....	571
Conclusion générale	577
Index alphabétique	581
Bibliographie.....	587

Table des matières 633

Résumé :

La plupart des textes porteurs de droits fondamentaux, qu'ils soient issus du bloc de constitutionnalité ou de sources conventionnelles, prévoient la possibilité de limiter les droits et libertés par l'intérêt général. La mise en place des contrôles de conventionnalité dans les années 1970 par le juge judiciaire puis le début du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité, marquèrent l'amorce de l'appréciation de l'exercice des droits fondamentaux par le juge judiciaire et de sa limite d'intérêt général.

Cependant, l'identification et le maniement de la réserve d'intérêt général par le juge demeurent incertains. En effet, ce dernier se montre peu explicite dans sa méthode de détermination du contenu de l'intérêt général. La mise en œuvre de la limite d'intérêt général demeure imprévisible. Ce phénomène emporte des conséquences, tant sur les sources du droit que sur ses solutions pratiques.

C'est la raison pour laquelle il convient de proposer des pistes pour reconstruire le raisonnement judiciaire et redonner à l'intérêt général la véritable place de limite qui lui revient, afin de protéger les intérêts particuliers des justiciables tout en garantissant le maintien de la loi.

Mots-clés : Intérêt général – Droits fondamentaux – Conseil constitutionnel – Convention européenne des droits de l'homme – Contrôle de proportionnalité – Ordre public – Contrôle de conventionnalité – Droit civil – Question prioritaire de constitutionnalité – Cour de cassation – Juge judiciaire – Fondamentalisation du droit.

Abstract :

Most of the texts embodying fundamental rights, whether derived from the Constitution or from conventional sources, provide for the possibility of limiting rights and freedoms in the public interest. The implementation of conformity controls in the 1970s by the judicial authority, followed by the initiation of the filtering of priority preliminary ruling on constitutionality, marked the beginning of the enforcement of fundamental rights by the courts and of the limit of public interest.

However, the identification and handling of the public interest remains uncertain. Indeed, the court is not very explicit in its method of determining general interest content. The application of the general interest limit remains unpredictable. This has consequences for both the sources of the law and its solutions.

Therefore, solutions need to be proposed to reconstruct the reasoning and restore the general interest to its rightful place as a limit, and to protect the particular interests of litigants while guaranteeing maintenance of the law.

Key words: Public interest – Fundamental rights and freedoms – Constitutional Court – European Convention on Human Rights – Proportionality test – Public policy – Conventionality control – Civil law – Priority preliminary ruling on constitutionality – Court of cassation – Judicial judge – Fundamentalism.